

COMUNICACIÓN A LA PONENCIA DE D. RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE

CONSIDERACIONES EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 108.3 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

José Vicente Mediavilla Cabo

*Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Girona.
Técnico Urbanista*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FINALIDAD DEL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 108 LJCA. III. LA PRESTACIÓN DE GARANTÍAS A MODO DE JUSTICIA CAUTELAR. IV. EFECTIVIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN. FIJACIÓN. V. TRÁMITE INSERTO EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN Y TERCEROS DE BUENA FE. VI. INDEMNIZACIONES DEBIDAS. VII. INDEMNIZACIÓN GARANTIZADA COMO REQUISITO PREVIO A LA DEMOLICIÓN. VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 21 DE SEPTIEMBRE DE 2017, RC 477/2016.

I. INTRODUCCIÓN

El apartado tercero del artículo 108 de la Ley 29/1998, de 13 de abril, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se introdujo vía adición por el apartado cuarto de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lo primero que llama poderosamente la atención es que el Preámbulo de la L.O. 7/2015, omite cualquier referencia a la nueva regulación que introduce vía apartado tercero del artículo 108 en la LJCA. A diferencia de lo que acontece con el nuevo recurso de casación, introducido en la misma Ley Orgánica, respecto del cual el Preámbulo dedica tres párrafos a dar cuenta de la nueva regulación del sistema casacional con el fin de cumplir estrictamente su función nomofiláctica, como he señalado, el Preámbulo omite cualquier referencia a los motivos o finalidad de la nueva regulación prevista en el art. 108.3 LJCA. La citada omisión no puede ser más que

objeto de crítica, dado que resulta siempre conveniente que las exposiciones de motivos de los proyectos o los preámbulos de las leyes sirvan precisamente para conocer el alcance y fundamentación de las novedades que las mismas establecen siendo esas consideraciones de gran valor o utilidad a efectos hermenéuticos para los operadores jurídicos como ha señalado de forma reiterada del Tribunal Constitucional. Que un precepto que presenta numerosas dudas a la hora de su aplicación práctica, carezca de la más mínima consideración explicativa por parte del legislador, en cuanto a su finalidad, motivación o justificación, no puede sino ser objeto de rechazo dado que nos priva de conocer al menos cual fue la voluntad del legislador a la hora de decidir su incorporación al ordenamiento jurídico.

El artículo 108.3 LJCA dispone:

“El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

Muchas son las dudas interpretativas que surgen en la aplicación del precepto. Desde conocer a qué concretos procedimientos de demolición les son de aplicación el mismo, qué se entiende por situación de peligro inminente, cuales son las garantías suficientes, las indemnizaciones debidas y los terceros de buena fe.

Con el fin de intentar despejarlas, aunque quizás en algún supuesto se incrementen, vamos a dar cuenta de las consideraciones que ha efectuado al respecto la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en una serie de resoluciones judiciales y, un análisis crítico de las mismas, siempre desde el respeto a una serie de decisiones judiciales que se podrán compartir o no desde el punto de vista jurídico pero de las que no cabe la menor duda de su rigor jurídico.

El artículo 108.3 LJCA se encuadra dentro del Capítulo IV del Título IV LJCA relativo a la ejecución de las sentencias en el que se concretan las exigencias constitucionales derivadas de los artículos 24, 117.3 y 118 CE.

Los pronunciamientos judiciales a los que vamos hacer mención se dictan como consecuencia de la tramitación de varios procedimientos de ejecución de sentencias firmes en las que se anulan licencias de obras concedidas por el respectivo Ayuntamiento y se ordena la demolición de lo ilegalmente construido, concretamente la demolición de viviendas. Se debe partir del hecho de que las sentencias dictadas, en algunos supuestos, se remontan a la última década de los años noventa del siglo anterior.

II. FINALIDAD DEL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 108 LJCA.

No cabe duda que con la introducción del artículo 108.3 el legislador pretende garantizar el derecho de propiedad consagrado constitucionalmente en el artículo 33 de la Constitución a los terceros de buena fe, fomentando la seguridad jurídica y el tráfico jurídico, de modo similar a la reforma introducida en el artículo 319.3 del Código Penal para proteger a terceros adquirentes de buena fe. La reforma en la Ley Jurisdiccional Contenciosa seguramente pretende equiparar en buena medida el tratamiento dispensado a los terceros de buena fe en el ordenamiento jurídico-penal.

Cabe recordar que el artículo 319.3 CP señala:

“En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

Mediante Auto de la Sección Primera de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 13 de marzo de 2017 se admitió el recurso de casación preparado por parte del Gobierno de Cantabria frente al Auto de fecha 24 de octubre de 2016 que desestima el recurso de reposición interpuesto frente al Auto de fecha 1 de septiembre de 2016 del TSJ de Cantabria dictado en ejecución de sentencia en el PO 1991/1998 que efectúa una serie de consideraciones respecto de la interpretación y aplicación del artículo 108.3 LJCA. La Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo indica en relación al recurso de casación preparado que la cuestión planteada presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, señalando que la cuestión que precisa ser esclarecida consiste en determinar:

“si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inexecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá que determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal”.

El citado Auto indica que las normas que deberán ser objeto de interpretación son:

“el artículo 108.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en relación con el artículo 105.2 del mismo texto legal, ambos en relación con el artículo 21 de la Constitución”.

En la argumentación del recurso de casación se alude que la norma que se considera vulnerada por el Auto de fecha 24 de octubre de 2016 del TSJ de Cantabria es el artículo 108.3 LJCA en la redacción dada por la Disposición Final Tercera de la L.O. 7/2015, de 21 de julio.

III. LA PRESTACIÓN DE GARANTÍAS A MODO DE JUSTICIA CAUTELAR.

Tanto el Auto de fecha 1 de septiembre de 2016, como el de fecha 24 de octubre de 2016 que desestima el recurso de reposición frente aquél, ordenan continuar con la ejecución de la sentencia dictada en el proceso (que ordenaba la demolición de una serie de viviendas), requiriendo a la entidad municipal a fin de que remita las escrituras de compra venta de los actuales propietarios de las viviendas afectadas por la sentencia de derribo así como certificación registral y, al Gobierno de Cantabria, para que aporte el correspondiente proyecto de derribo de las viviendas.

El Auto de 24 de octubre de 2016 en su razonamiento jurídico cuarto se basa o fundamenta en lo ya señalado por otro Auto precedente de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria, al que cita textualmente de forma parcial de fecha 26 de septiembre de 2016. En ambos autos, el TSJ interpreta que siguiendo el tenor literal del artículo 108.3 LJCA lo que se exige es la prestación de una garantía para responder del pago:

“la Sala entiende que el concepto indemnizaciones debidas no puede significar derecho a indemnización declarado y determinado judicialmente, ni en otros procesos ni en el que termina con la sentencia de demolición”.

El Auto de 24 de octubre de 2016 considera que: *“el juzgador que dicta la sentencia que implica la demolición para dar efectividad al artículo 108.3 LJCA, únicamente tiene que verificar la presentación de garantías suficientes, a los efectos de la realización de un eventual derecho de indemnización que pueda declararse en un futuro por el daño causado por la demolición acordada o derivada de la sentencia. Y de ahí que la decisión sobre esas garantías que adopte el juzgador no determine derecho alguno al cobro de indemnización, ni prejuzgue ni condicione la resolución del procedimiento administrativo o, en su caso, el proceso judicial que pueda abrirse para la determinación de dicho derecho.*

En conclusión, no tiene el juzgador que resolver sobre la existencia o no del derecho a la indemnización, sino que hacer un juicio indiciario para el que cuenta con un criterio legal, que le proporciona el concepto terceros de buena fe, sobre cuyo alcance la Sala se pronunció en el Auto recurrido”.

De este modo, al parecer del Tribunal, pese a que el artículo 108.3 LJCA establece la obligatoriedad de prestación de garantías suficientes para responder del pago de indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, lo que en puridad el precepto exige es prestar o constituir las garantías suficientes a los efectos de la realización de un eventual derecho de indemnización que pudiera declararse en el futuro. La citada interpretación del precepto es relevante en fase de ejecución de la sentencia de demolición, ya que, a mi juicio, transforma la indemnización debida prevista en el 108.3 LJCA, que debe ser objeto de afianzamiento, en la prestación de garantía sobre un eventual derecho de indemnización. El carácter debido de la indemnización tal y como exige la norma, el citado Auto de 24 de octubre de 2016, lo transforma en eventual, posible e incierto.

No cabe duda que el precepto efectivamente exige la prestación de garantías, como señala el Auto del TSJ. Ahora bien, garantías respecto de las indemnizaciones **debidas** señala el artículo 108.3 no respecto una cuantía fijada alzadamente, como establece el auto de fecha 1 de septiembre de 2016. Garantía respecto de una indemnización debida y no de una hipotética o eventual indemnización como interpretan las resoluciones judiciales comentadas.

El auto de 1 de septiembre de 2016, confirmado en reposición por el Auto de 24 de octubre, en relación a la suficiencia de la medida de aseguramiento fija la cuantía a garantizar en el precio de adquisición de las viviendas incrementado en un 30 por ciento y, por lo que respecta a la determinación de los terceros de buena fe interpreta que: *“quienes pueden considerarse terceros de buena fe, en el juicio provisional que corresponde realizar en este momento, a los solos efectos de adoptar y fijar la garantía exigida legalmente, y sin perjuicio de lo que se decida en el procedimiento de responsabilidad patrimonial futuro correspondiente que se tramite al margen de este procedimiento y al encontrarnos con edificaciones autorizadas en su día por la Administración, la Sala acuerda comprender a todos los afectados”.*

IV. EFECTIVIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN. FIJACIÓN

A mi juicio, la correcta interpretación del artículo 108.3 LJCA supone que las exigencias derivadas del mismo afectan directamente al procedimiento a seguir en la ejecución de la sentencia, dado que, por imperativo legal, antes de la efectiva demolición de las viviendas, y en el seno del procedimiento de ejecución deben constar

fielmente prestadas las garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones correspondientes debidas a terceros de buena fe.

Considero que el artículo 108.3 impone al órgano judicial, en un supuesto concreto y determinado, aquél en que junto a la declaración contraria a la normativa de una construcción ordene la demolición del inmueble, la obligación de exigir como condición previa al derribo la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. De este modo, el precepto circunscribe su ámbito de aplicación a que concurren las dos circunstancias concretas descritas en el supuesto de hecho, no siendo, por tanto, de aplicación, a otros supuestos distintos. Sólo es de aplicación a los supuestos específicos en que se ordene judicialmente la demolición de un inmueble por haber declarado contrario a la normativa su construcción.

De esta forma, la L.O. 7/2015, al modificar en este aspecto la LJCA, introduce “ex novo” un trámite en el seno del propio procedimiento de ejecución de este tipo de sentencias, cual es la obligación que incumbe al órgano judicial competente para la ejecución de exigir la previa constitución de garantías suficientes que respondan ante terceros de buena fe del pago o abono de las indemnizaciones debidas, con anterioridad a proceder a la demolición.

La interpretación del artículo 108.3 LJCA no permite ni obliga a prestar garantías suficientes respecto de indemnizaciones no debidas a terceros, por muy probables que las mismas se puedan preveer. La Ley ha tenido especial cuidado de indicar que la garantía sólo debe exigirse en relación a las indemnizaciones ya debidas a terceros de buena fe y no a otros supuestos diferentes por lo que no es factible la generalización. De no seguirse esta interpretación pudiera obligarse a que, por parte de las Administraciones Públicas, supuestamente responsables de la futura lesión (derribo), se prestasen garantías respecto de indemnizaciones no debidas y además sin conocer si efectivamente los supuestos y futuros acreedores y actuales afianzados, efectivamente ostentan la consideración de terceros de buena fe.

La interpretación que efectúan los autos de referencia, a mi juicio, obvian el carácter debido de la indemnización, tal y como establece el precepto, señalando que al juzgador no le compete declarar derecho de indemnización alguno, dado que lo único que debe efectuar es verificar la presentación de garantías suficientes, a los efectos de la realización de un eventual derecho de indemnización que pueda declararse en el futuro. Por tanto, la interpretación judicial efectuada supone en la práctica que primero debe ser la prestación de garantías y posteriormente, en su caso, la fijación del importe de las indemnizaciones y la determinación de los acreedores terceros de buena fe.

Lo que resulta del todo del punto vista incuestionable es que el precepto no señala como se alcanza el carácter debido de las indemnizaciones. El artículo 108.3 no hace referencia alguna al modo, procedimiento y plazo de fijación de las indemnizaciones, ya sea en vía administrativa o en sede judicial. Lo que si preceptúa es que, en todo caso, se trata de indemnizaciones debidas, no futuras o posibles sino debidas, y para que sean debidas previamente de modo inexorable debe estar fijado su importe exacto, la entidad o entidades responsables de su abono y el tercero de buena fe acreedor a la indemnización, ya que de lo contrario no nos encontraremos ante indemnizaciones debidas. Estimo que cuando el art. 108.3 habla de indemnizaciones debidas no está aludiendo a posibles indemnizaciones sino a indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles. Razón por la cual son debidas.

El Auto de 24 de octubre de 2016 se aparta de esta interpretación al considerar que el artículo 108.3 LJCA, establece un supuesto específico y sui generis de tutela judicial cautelar, al tener la decisión que adopte el órgano judicial en relación a las garantías el carácter de provisional y sumaria, propio del juicio cautelar, que ni prejuzga ni condiciona la resolución definitiva del asunto.

V. TRÁMITE INSERTO EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN Y TERCEROS DE BUENA FE

El artículo 108.3 debe ser interpretado conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 109 LJCA, entendiéndose que el mandato de exigencia al órgano judicial de velar por la prestación de las garantías suficientes en relación a las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, se inserta en el procedimiento de ejecución de la sentencia, incidiendo directamente en el citado procedimiento pero sin generar “ex lege” una suerte de suspensión de la ejecución sino la previsión de un trámite, por cuyo cumplimiento debe velar el propio órgano judicial competente para la ejecución sin que por ello en modo alguno escape del control judicial. De esta forma, efectuando la citada interpretación del precepto no cabe duda de su plena constitucionalidad siendo conforme con la doctrina fijada entre otras por las sentencias 92/103 y 254/2015 del Tribunal Constitucional.

No cabe duda que el precepto efectivamente exige la prestación de garantías como señalan las resoluciones judiciales comentadas, ahora bien, garantías respecto de las indemnizaciones debidas señala el artículo 108.3 no de una cuantía fijada alzada como establece el auto de fecha 1 de septiembre de 2016. Garantía respecto de una indemnización debida y no de una hipotética o eventual indemnización como interpreta el Auto de fecha 24 de octubre de 2016.

Del mismo modo, muchas dudas existen respecto del concepto de tercero de buena fe previsto en el artículo 108.3 LJCA. Para despejarlas se presenta como esencial el pronunciamiento de la Sala Tercera en los recursos de casación interpuestos frente a las resoluciones judiciales adoptadas en los diferentes procesos de ejecución de sentencias que ordenan la demolición de viviendas en Cantabria.

En primer lugar, surge la duda de si el concepto se limita al tercero de buena fe previsto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria o es un concepto más amplio que abarca a cualquier adquirente o titular de un derecho sobre el inmueble objeto de demolición. El auto de 1 de septiembre de 2016 considera que por tercero de buena fe se entiende cualquier afectado al tratarse de edificaciones autorizadas en su día por la concesión de la correspondiente licencia de edificación. En este sentido basta con que la edificación cuente con el correspondiente título administrativo habilitante (licencia) para que el adquirente del inmueble tenga la consideración de tercero de buena fe. Por tanto, un concepto más amplio que el tercero de buena fe hipotecario contemplado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, en su razonamiento jurídico cuarto el Auto, cuando señala el importe a garantizar, lo circunscribe a los titulares del derecho de propiedad sobre el inmueble objeto de demolición (actuales propietarios). De esta forma, esta excluyendo implícitamente del concepto de tercero de buena fe, respecto de cualquier otro titular de un derecho sobre el bien inmueble a derribar, como los arrendatarios, usufructuarios etc. Carecen, por ello, los titulares de los citados derechos de la posibilidad o mejor dicho obligación, de que se garanticen las indemnizaciones correspondientes por la ablación de sus derechos como consecuencia de la demolición de los inmuebles. Estimo que el concepto de tercero de buena fe debe abarcar no sólo a los legítimos titulares de los inmuebles sino también, en su caso, a los titulares de otros derechos que pueden concurrir sobre las viviendas. Piénsese el supuesto de un inmueble con sentencia firme de derribo que pertenece a tres hermanos que lo han heredado de su padre fallecido y sobre el que la cónyuge viuda del difunto ostenta un derecho de usufructo vitalicio (cautela socini) así reconocido expresamente en testamento. En el supuesto de que efectivamente concurrieran los supuestos legamente exigidos para que fuese viable una acción de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento en este caso anormal de la Administración (derivado de la anulación judicial de la licencia y subsiguiente demolición), no cabe duda que junto a la indemnización correspondiente al valor del inmueble sería preciso indemnizar a la usufructuaria por la extinción de su derecho y, obviamente la obligación de afianzamiento abarcaría el citado derecho ostentado la viuda el carácter de tercera de buena fe.

Dudas interpretativas que igualmente se extienden al concepto de suficiencia de la garantía a prestar y más cuando las Administraciones Públicas están exentas de la prestación de garantías. A estos efectos baste recordar lo dispuesto en el artículo 35.1.g) de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprobó el Estatuto de Autonomía para Cantabria que indica que la Comunidad Autónoma de

Cantabria está exenta de la obligación de prestar toda clase de garantías o cauciones ante los organismos administrativos y ante los jueces y tribunales de cualquier jurisdicción. En relación a la suficiencia de la garantía la duda se despeja si las indemnizaciones estuvieran fijadas previamente, en cambio, en el supuesto contrario, el alcance de las mismas se presenta con un alto grado de aleatoriedad. No atender al carácter debido de la indemnización, fijando como importe de la garantía una cuantía basada en el precio de adquisición aumentada en un 30 por ciento, a mi juicio tampoco da cumplimiento a lo establecido en el precepto, dado que no se trata en modo alguno de la garantía del pago de una indemnización debida a un tercero de buena fe. Aunque en ese caso es cierto que la suficiencia de la indemnización a priori esta cubierta respecto del propietario del bien.

El artículo 108.3 LJCA impone como deber del órgano judicial encargado de la ejecución determinar de forma concreta quienes son los terceros de buena fe a los que se debe garantizar el pago de las indemnizaciones debidas, ya que sólo ellos deben ser titulares del objeto de garantía suficiente quedando excluidos los que no ostenten tal condición. Tal determinación sólo se puede efectuar mediante ratificación de lo señalado en vía administrativa o exigiendo su previa determinación por los procedimientos legalmente establecidos utilizando para ello los mecanismos que el ordenamiento jurídico contempla. Por este motivo, la declaración de improcedencia de trámite alguno para su determinación, con independencia de las presunciones existentes, entiendo no da cumplimiento al mandato legal establecido en el artículo 108.3 LJCA. Resulta inquestionable que la buena fe se presume, artículo 434 del Código Civil, pero la concreta determinación de los terceros que ostentan tal condición con base en criterios definitivos resulta una obligación del órgano encargado de la ejecución.

VI. INDEMNIZACIONES DEBIDAS.

El término **debidas** no deja lugar a otra interpretación de que la indemnización deba estar fijada o establecida claramente, por el procedimiento que legalmente corresponda y que, en trámite incidental el órgano judicial debe velar por la prestación de las garantías suficientes que afiancen su abono, es decir, el pago de la indemnización debida sólo a los terceros de buena fe. O la indemnización está fijada en vía administrativa o se deber cuantificar y fijar claramente con anterioridad a la demolición y a la previa constitución de garantías.

Obviamente si un órgano judicial considera que la correcta interpretación del artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional supone una suerte de suspensión de su potestad de ejecutar lo juzgado por la necesaria y previa intervención de otras entidades deberá plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 108.3 ante el Tribunal Consti-

tucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 35 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

El auto de 24 de octubre de 2016, como he señalado, considera que el artículo 108.3 LJCA establece un supuesto específico y sui generis de tutela judicial cautelar, cuando el precepto interpretado se enmarca, como he señalado, dentro del Capítulo IV del Título IV relativo a la ejecución de sentencias al margen, por tanto, de la regulación de las medidas cautelares previstas en el Capítulo II del Título VI de la LJCA. Medida cautelar adoptada con independencia de si efectivamente como consecuencia de la demolición acordada surgen supuestos indemnizatorios a favor de terceros de buena fe que han visto suprimidos sus legítimos derechos por una irregular actuación administrativa de concesión de licencias declaradas ilegales.

El intento de separar la obligación de velar por la constitución de garantías suficientes que respondan de las indemnizaciones a terceros de buena fe del hecho de que efectivamente las indemnizaciones estén previamente fijadas con anterioridad al derribo de las edificaciones, constituye una buena construcción jurídica que, a mi juicio, tiene el inconveniente de lo dispuesto en el artículo 108.3 LJCA cuando caracteriza expresamente a las indemnizaciones como debidas. Si es debida es porque es líquida, vencible y exigible y, además tras la reforma debe ser garantizada con anterioridad a la demolición. Si no presenta esas características es porque no es debida.

Considero que el legislador fue muy consciente a la hora de fijar el carácter debido de la indemnización que no lo hizo por capricho. Que fue muy consciente de la trascendencia práctica de su enunciado. Y ello porque una secuencia lógica del proceso prefigura el siguiente iter temporal: licencia de construcción, anulación de la licencia por sentencia firme que ordena la demolición, declaración de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la sentencia de demolición, aseguramiento del abono de la citada indemnización y, por último, demolición que es efectivamente cuando se produce la lesión como daño antijurídico.

VII. INDEMNIZACIÓN GARANTIZADA COMO REQUISITO PREVIO A LA DEMOLICIÓN.

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por todas sentencias de fecha 31 de mayo de 2011, RC 944/2007 y sentencia de fecha 6 de junio de 2011, RC 1380/2007, ha señalado que la lesión como requisito imprescindible para que nazca un derecho de indemnización en el supuesto de resoluciones que ordenen el derribo de un inmueble amparado por licencia como consecuencia de la declaración de ilegalidad de la misma, exige como requisito imprescindible su efectividad la cual

se alcanza precisamente con la demolición del bien. Así es preciso que se produzca efectivamente la demolición para que a partir de ese momento se produzca la efectividad del daño y, por tanto, la generación del derecho a la indemnización siempre y cuando concurren el resto de presupuestos del instituto de la responsabilidad patrimonial configurados en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. De esta regla general, la jurisprudencia únicamente excluye entre otros los llamados daños morales sufridos por los titulares de derechos que pueden ser efectivos a partir del dictado de las resoluciones que ordenen el derribo y otros tipos de daños que materialmente se pueden producir con el dictado de una sentencia de derribo.

“Si en esa sentencia indicábamos que “tal demolición no se ha llevado a cabo e incluso se están planteando soluciones alternativas al efecto, que en cualquier caso y aun cuando de momento no hayan prosperado, lo que es indiscutible es que la demolición no se ha materializado y por lo tanto el gasto en cuestión no se ha producido, por lo que no puede servir de fundamento a la reclamación formulada por el Ayuntamiento, que es libre de reclamar sucesivamente los gastos parciales que la ejecución le vayan suponiendo en lugar de atender al resultado final de la ejecución, pero que no puede fundar su reclamación en la exigencia de unos perjuicios o gastos posibles o eventuales que al no haberse materializado carecen de la condición de daño real y efectivo que resulta exigible para dar lugar a la responsabilidad patrimonial que se reclama. Menos justificación tiene la genérica referencia al reintegro de todos los gastos necesarios que se le produzcan como consecuencia de la orden de demolición de lo construido, que además de no concretarse se refieren a eventuales daños que carecen igualmente del requisito de certeza y efectividad que permita tomarlos en consideración como fundamento de una reclamación de esta naturaleza” (fundamento de derecho sexto, último párrafo), lo mismo debemos decir ahora, en cuanto al daño emergente y el lucro cesante que se reclama con apoyo en la orden de demolición no constituye un daño efectivo hasta que dicha orden se lleve a efecto y los reclamantes de responsabilidad se vean obligados a abandonar sus propiedades.

Cierto es que con la sola orden de demolición pueden derivarse daños reales y efectivos no encuadrables en el daño moral reconocido y del que más tarde nos ocuparemos, y valga a título de ejemplo los expresados por los recurrentes en el escrito de interposición (imposibilidad o dificultad de venta de los inmuebles afectados por la orden de demolición ya no solo por los adquirentes sino también por la promotora; imposibilidad o dificultad de que dichos inmuebles garanticen obligaciones; imposibilidad de ejecución derechos de mejora, de reforma, etc.), pero no es menos cierto que esos daños, precisamente por hipotéticos, en ningún momento acreditados, no pueden servir de apoyo para la reclamación extemporánea por prematura”.

Sentada la anterior premisa he de señalar que ello no es óbice para que, sin perjuicio de la no demolición de la construcción, las Administraciones puedan indemnizar a los titulares de derechos sobre las viviendas tras la tramitación de los correspondientes procedimientos siempre que tras la resolución que ordene el derribo, se ponga el inmueble a disposición de la Administración. De este modo, hasta la introducción del 108.3 LJCA, nuestro ordenamiento jurídico permitía indemnizar antes de derribar si así la Administración y el perjudicado lo acordaban, pero en el supuesto de que la Administración no se aquietara no se la podía obligar a indemnizar antes de la demolición dado que el daño no es efectivo y, por tanto, no se cumplía uno de los requisitos del daño junto a su individualización, cuantificación y antijuridicidad.

De este modo, sin derribo no existe el daño material efectivo y, por ende, no se genera derecho a la indemnización. Ahora bien, el legislador concedor de esa situación, a través del artículo 108.3 LJCA considero que ha pretendido de forma intencionada alterar ese régimen y, en el supuesto de hecho concreto y específico de sentencias que ordenan la demolición de inmuebles (viviendas) sea necesario y no sólo facultativo que con carácter previo a la demolición deban estar fijadas las indemnizaciones procedentes a los terceros de buena fe titulares de derechos sobre los inmuebles afectados. Fijadas las indemnizaciones y garantizado su pago de modo efectivo. Considero más que probable que el legislador haya buscado esa alteración de modo consciente, que antes de efectivamente derribar en todo caso las indemnizaciones estén determinadas y además que el órgano judicial se asegure que estén adoptadas las garantías precisas que aseguren su pago por parte de las Administraciones responsables. Lo que hasta el 1 de octubre de 2015 era una posibilidad tras la L.O. 7/2015 se ha convertido en una obligación, en un deber de cuyo cumplimiento el órgano judicial debe velar por mandato legal.

De este modo, si que se garantiza de modo real y efectivo el derecho de los legítimos titulares de derechos sobre los inmuebles objeto de demolición con carácter previo a la misma. Así, nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sin que medie la previa y justa indemnización por el valor de los derechos que van a ser objeto de ablación, y garantizado su pago. El artículo 33 de la Constitución Española consagra que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sin que medie la correspondiente indemnización de conformidad con lo dispuesto en las Leyes. Previa indemnización que en aras de la garantía del derecho de propiedad, no se debe circunscribir exclusivamente al ámbito específico del instituto de la expropiación forzosa sino también a aquellos supuestos en los que los legítimos propietarios de derechos sobre bienes inmuebles (viviendas) por cuestiones ajenas a ellos y debido a un funcionamiento anormal de los servicios públicos se vean privados de ellos. A estos efectos, cabe recordar la estrecha vinculación existente entre el instituto de la responsabilidad patrimonial y el de expropiación forzosa hasta el punto que el reconocimiento legal de aquella se produjo en nuestro país por primera vez en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

Por tanto, no se puede demoler sin que previamente estén fijadas las justas indemnizaciones y garantizado su abono por parte de la Administración responsable. Determinación de la cuantía, de los terceros de buena fe y de su aseguramiento, todo ello dentro del proceso de ejecución de las sentencias de derribo y por tanto, en la esfera de la estricta competencia del órgano judicial responsable de la ejecución de forma plenamente respetuosa con el artículo 117 de la Constitución Española. Bien porque la determinación de la indemnización se haya producido en vía administrativa o, en su defecto, dentro del seno del proceso de ejecución de sentencia.

VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2017, RC 477/2016.

El TS ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse al menos parcialmente en relación al artículo 108.3 LJCA.

Tres son las consideraciones fundamentales de la citada sentencia. La primera de ellas, relativa a que el 108.3 LJCA es de aplicación en los incidentes de ejecución de sentencia que ordenen el derribo que se planteen con independencia del momento concreto en que se inició el pleito o el incidente de ejecución, es decir, también a las ejecuciones de las sentencias de fecha anterior a la entrada en vigor del artículo 108.3.

La segunda consideración viene dada en la afirmación que el 108.3 LJCA no se puede plantear al amparo del artículo 105 LJCA como un supuesto de imposibilidad legal o material de ejecución de sentencia.

La tercera, consiste en que el 108.3 LJCA se inserta en el proceso de ejecución de sentencia, como una fase más de la misma, estableciendo un deber de hacer consistente en garantizar las indemnizaciones a los terceros de buena fe, deber de hacer, cuya verificación, recae sobre el órgano judicial encargado de la ejecución.

Ahora bien, tres cuestiones esenciales en relación a la interpretación del precepto no están resueltas por la sentencia del Alto Tribunal y deberán resolverse próximamente al fallar los recursos de casación pendientes.

La primera de ellas, el carácter debido de las indemnizaciones, tal y como señala el precepto. La segunda, el concepto de terceros de buena fe. Y la tercera, el alcance, en relación al artículo 108.3 LJCA, de la exención legalmente prevista, de las Administraciones Públicas de prestar garantías ante los órganos jurisdiccionales.

Tres cuestiones esenciales sobre las que se hace preciso un pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que arroje luz sobre los interrogantes que se presentan y, sobre las dudas de constitucionalidad del precepto.