

Os problemas que se formulan na
execución das sentenzas urbanísticas

Los problemas que se plantean en la ejecución de sentencias urbanísticas

The problems that are formulated in
the execution of urbanistic sentences



LAURA LÓPEZ DEL CASTILLO

Funcionaria do corpo de xestión de administración
da Xunta de Galicia (España)
laura.lopez.del.castillo@xunta.es

Recibido: 08/11/2012 | Aceptado: 05/06/2014

Regap



ESTUDIOS E NOTAS

Resumo: *A tutela xudicial efectiva comprende o dereito a obter a execución das sentenzas como última fase do proceso. Non obstante, é unha fase moi importante posto que a través dela se vai materializar a protección xudicial. Con este estudo achegámonos aos principais problemas que formula a execución urbanística en sede xudicial, analizando especialmente os casos da inexecución das sentenzas urbanísticas sobre a base da imposibilidade material ou legal a que se refire o artigo 105 da Lei de xurisdición contencioso-administrativa. Tras analizar as principais correntes doutrinarias e xurisprudenciais na materia encontrámonos cunha tendencia á interpretación restritiva das causas da inexecución das sentenzas que entronca cunha práctica xudicial cada vez máis respectuosa co dereito de execución de sentenzas como parte integrante do dereito fundamental do artigo 24.1 CE.*

Palabras clave: *Tutela xudicial efectiva, execución de sentenzas urbanísticas, imposibilidade material e legal.*

Resumen: *La tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener la ejecución de las sentencias como última fase del proceso. Sin embargo, es una fase muy importante puesto que a través de ella se va a materializar la protección judicial. Con este estudio nos acercamos a los principales problemas que plantea la ejecución urbanística en sede judicial, analizando especialmente los casos de inexecución de sentencias urbanísticas en base a la imposibilidad material o legal a que se refiere el artículo 105 de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa. Tras analizar las principales corrientes doctrinales y jurisprudenciales en la materia nos encontramos con una tendencia a la interpretación restrictiva de las causas de inexecución de sentencias que entronca con una práctica judicial cada vez más respetuosa con el derecho de ejecución de sentencias como parte integrante del derecho fundamental del artículo 24.1 CE.*

Palabras clave: *Tutela judicial efectiva, ejecución de sentencias urbanísticas, imposibilidad material y legal.*

Abstract: *The effective legal protection includes the right to obtain the performance of judgments as the legal process's final stage. However, it is a very important phase, as, through it, the judicial protection is embodied. With this study, we have approached the main problems of urban planning implementation in court, especially analyzing the cases of non-performance of urban planning decisions based on the material or legal impossibility referred to article*

105 of the Law on Administrative Justice. After analyzing the doctrinal and jurisprudential main streams in this area, we find a tendency to a restrictive interpretation of the causes of non-execution of judgments which connects with a judicial practice increasingly respectful of the enforcement of judgments' right as part of the fundamental right provided on article 24.1 of the Spanish Constitution.

Key words: *Effective judicial protection, enforcement of urbanistic judgments, legal and material impossibility.*

Índice: *Relación de abreviaturas 1. O dereito á execución das sentenzas 1.1. A potestade xurisdiccional 1.2. O dereito á execución de sentenzas como parte do dereito constitucional á tutela xudicial efectiva 1.3. A execución de sentenzas no ámbito contencioso -administrativo e os problemas específicos que se formulan no dereito urbanístico 2. Execución de sentenzas: os posibles contidos do fallo 2.1. O contido da execución en sentenzas contenciosas 2.2. Supostos propios de dereito urbanístico 3. As distintas clases de execución 3.1. Execución voluntaria 3.2. Execución forzosa 3.2.1. Introducción 3.2.2. Aspectos procesuais 3.3. Execución fraudulenta 3.4. Execución provisional 4. Causas de inexecución de sentenzas urbanísticas 4.1 Introducción 4.2. Imposibilidade material 4.3. Imposibilidade legal 4.3.1. Casos nos que se dita unha nova licenza que ampara a construción que fora declarada ilegal 4.3.2. Cambios normativos que legalizan as construcións ilegais 4.3.2.a) Cambio no plan urbanístico cando a licenza declarada ilegal era contraria a este. Requisitos para que se poida apreciar a imposibilidade legal 4.3.2.b) Cambio lexislativo cando a licenza era contraria á lei (presa de Itoiz) 4.3.2.c) Breves conclusións 4.3.3. Terceiros adquirentes 4.3.4. Existencia de obras públicas e bens de uso ou servizo público 4.4. Outros supostos 4.5. Aspectos procesuais 5. Nulidade de actos e disposicións contrarios ao pronunciamento da sentenza ditados coa finalidade de eludir o seu cumprimento. Procedemento 6. Facultades procesuais de que dispoñen os xuíces e tribunais para levar para efecto as sentenzas 7. Conclusións. 8. Bibliografía. Relación de sentenzas e autos TC e TS*

Relación de abreviaturas

ATC	Auto Tribunal Constitucional
ATS	Auto Tribunal Supremo
CCAA	Comunidades Autónomas
CC	Código Civil
CP	Código Penal
Fdto. Xco.	Fundamento Xurídico
Xulgados C-A	Xulgados do Contencioso- Administrativo
L.	Lei
LAC	Lei de Axuizamento Civil
LXCA	Lei da Xurisdición contencioso-administrativa
LOPX	Lei Orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do Poder Xudicial
LOUGA	Lei 9/2002 de Ordenación Urbanística e Protección do Medio Rural en Galicia
LPAP	Lei de Patrimonio das Administracións Públicas
LRXAP e PAC	Lei de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común (L. 30/1992)
MF	Ministerio Fiscal
páx.	páxina
páxs.	páxinas
PXOU	Plan Xeral de Ordenación Urbana
ss.	seguintes
RSCL	Regulamento de Servizos das Corporacións Locais
STC	Sentenza do Tribunal Constitucional
STS	Sentenza do Tribunal Supremo
STSX	Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza
STSXG	Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia
TS	Tribunal Supremo
TSX	Tribunal Superior de Xustiza
TSXG	Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

1. O dereito á execución das sentenzas

1.1 A potestade xurisdiccional

Ata a Constitución de 1978 a execución das sentenzas firmes no ámbito contencioso -administrativo correspondía aos órganos da Administración, isto supoñía deixar en mans da Administración a execución dos fallos xudiciais. Este sistema, herdado do réxime francés do século XIX, deixaba en suspenso o sistema de garantías da vía contencioso -administrativa.

Coa Lei de Xurisdición Contencioso-Administrativa de 1956 avanzouse ao outorgar ao tribunal sentenciador unhas facultades para adoptar, a instancia das partes interesadas, medidas axeitadas para promover e activar a total execución da sentenza. Pero o cambio definitivo prodúcese co artigo 117.3 da Constitución Española de 1978 (en diante CE) o cal establece que *“o exercicio da potestade xurisdiccional en todo tipo de procesos, xulgando e facendo executar o xulgado, corresponde exclusivamente aos Xulgados e Tribunais determinados polas Leis, segundo as normas de competencia e procedemento que estas establezan, “. Así, tal como expón o profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, “ toda tradición histórica de separación de poderes quedou rota no noso sistema contencioso -administrativo polo artigo 117.3 da CE”*. Este precepto supón unha garantía do dereito fundamental da tutela xudicial efectiva que recolle o artigo 24.1 da CE e que, tal como veremos máis adiante, e segundo a doutrina do Tribunal Constitucional, engloba o dereito á execución das sentenzas. Isto vai producir un choque coas potestades administrativas de autotutela executiva que pode formular problemas nalgúns supostos: pensemos, por exemplo, nunha demolición realizada pola Administración, froito dunha orde de execución, sen esperar a que se dite sentenza polo órgano xudicial no suposto de que non se tivese solicitado a suspensión do acto.

O seguinte paso na evolución legislativa constitúe a Lei de Xurisdición Contencioso Administrativa (LXCA) de 1998 cuxa exposición de motivos reproduce o mandato constitucional; nela,ponse de manifesto o esforzo realizado no texto legal para incrementar as garantías da execución das sentenzas, ámbito este que cualifica como unha das zonas grises do noso sistema contencioso -administrativo. A propia LXCA engade a continuación que *“como vén sinalando a xurisprudencia, ese dereito (de tutela xudicial efectiva) non se satisfai mediante unha xustiza simplemente teórica, senón que leva consigo o dereito á execución puntual do fallado nos seus propios termos. A negativa, expresa ou implícita, a cumprir unha resolución xudicial constitúe un atentado á Constitución fronte ao que non caben escusas”*.

Polo tanto, actualmente son os xuíces os que teñen que velar pola efectividade dos fallos xudiciais non se entendendo satisfeito o dereito consagrado no artigo 24.1 da Constitución, senón no momento en que a sentenza está completamente executada. Todo o proceso xudicial quedará baleiro se non se cumpre esta última fase xudicial de execución e pouco teremos conseguido se tras anos de loita ante os tribunais conseguimos un fallo xudicial que ordena a demolición e finalmente non se executa.

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Dereito Administrativo, vol. II*, Ed. Civitas, Madrid, 2000 pág. 541 citado en CHOLBI CACHÁ, Francisco Antonio e MERINO MOLINS, Vicente, *Execución de sentenzas no proceso contencioso -administrativo e inembargabilidade de bens públicos*, pág.33.

Malia os esforzos do lexislador veremos que, na práctica, son moitos os supostos nos que non se cumpren os fallos xudiciais. Esta cuestión está especialmente agudizada nos procesos urbanísticos tendo en conta os intereses implicados nesta clase de litixios.

1.2 O dereito á execución de sentenzas como parte do dereito constitucional á tutela xudicial efectiva

O artigo 24.1 CE reconece o dereito á tutela xudicial efectiva e prohíbe a indefensión establecendo que: *“Todas as persoas teñen dereito a obter a tutela “efectiva de xuíces e tribunais no exercicio dos seus dereitos lexítimos, sen que en ningún caso, se poida producir indefensión”.*

A concreción de dereitos do artigo 24.1 foi un labor levado a cabo pola xurisprudencia do Tribunal Constitucional (TC). Segundo esta doutrina englobaría os seguintes dereitos: dereito de acceso á xustiza; dereito á obtención dunha resolución de fondo sempre que se cumpran os requisitos procesuais para iso², que en ningún caso supón dereito a obter unha resolución favorable ás pretensións do litigante; dereito a unha sentenza motivada, isto é unha sentenza fundada en dereito que non sexa arbitraria nin irrazoable e que non incorra en erro patente; dereito a unha sentenza congruente; dereito aos recursos que legalmente se establezan e, como última dimensión do artigo 24.1, o dereito á execución das sentenzas.

Analizaremos brevemente esta última vertente do dereito.

Doutrina e xurisprudencia viñeron entendendo que a tutela xudicial non será efectiva se o mandato que esta contén non se cumpre. Así, a STC 32/1982 do 7 de xuño³ dispuxo que o dereito á tutela xudicial efectiva *“esixe tamén que o fallo xudicial se cumpra e que o recorrente sexa repostado no seu dereito e compensado, se houbese lugar a iso, polo dano sufrido; o contrario sería converter as decisións xudiciais e o recoñecemento dos dereitos que elas comportan en favor dalgunhas das partes en meras declaracións de intencións.”* (Fdto. Jco. Nº 2).

Hai que poñer aquí de manifesto que un dos presupostos do dereito constitucional, que estamos a examinar, é que as resolucións xudiciais a executar sexan firmes, isto é, que non sexan susceptibles de recurso ningún, o que como veremos non significa que as sentenzas non firmes non sexan susceptibles de execución a través da execución provisional de sentenzas, pero esta execución provisional non formará parte do dereito fundamental.

1.3 A execución de sentenzas no ámbito contencioso-administrativo e os problemas específicos que se formulan no dereito urbanístico

A LXCA de 1998 incorpora nos seus artigos 103 a 113 o réxime legal da execución de sentenzas. O artigo 103.1 LXCA apártase definitivamente da atribución ás Administracións Públicas da potestade de facer executar as sentenzas e atribúe esta competencia ao **xuíz ou tribunal que coñeceu do asunto en primeira instancia**.

2 STC 9/1981, do 31 de marzo (RTC 1981/9) Fdto. Xco. Nº 4.

3 STC 32/1982, do 7 de xuño (RTC 1982/32) Fdto. Xco. Nº 2.

Poñendo este artigo en relación coas regras de competencias da propia LXCA, en materia urbanística van ser os Xulgados Contencioso -Administrativos e os Tribunais Superiores de Xustiza (TSX) os que van levar o peso da execución. O artigo 8 LXCA establece a competencia dos Xulgados C-A para coñecer, en única ou primeira instancia, os recursos que se deduzan fronte aos actos de entidades locais con exclusión das impugnacións de calquera clase de instrumentos de plan urbanístico, e, segundo o artigo 10 LXCA, os TSX van ser os competentes para coñecer, en única instancia, dos recursos de actos das entidades locais e das comunidades autónomas cando o seu coñecemento non estea atribuído aos xulgados do contencioso, así como fronte ás disposicións xerais emanadas das entidades locais e das comunidades autónomas. Isto supón que, a grandes trazos, e en materia urbanística, a competencia de execución corresponde a:

1. os Xulgados do Contencioso -Administrativo respecto das sentenzas derivadas dos recursos fronte a licenzas urbanísticas.
2. os TSX en relación ás sentenzas derivadas de impugnacións de plans e instrumentos de plan urbanístico aprobados polas entidades locais.

A pesar da obriga legal e constitucional de execución de sentenzas, o certo é que a práctica urbanística nos mostra numerosos casos en que este deber é incumprido. Este malestar foi posto de manifesto pola xurisprudencia administrativa que, recollendo pronunciamentos do TC, concluíu que *“convén insistir nesta última dimensión do dereito á tutela xudicial, porque é certamente aquí, nos incumprimentos administrativos disimulados ou indirectos, onde se ocultan os maiores riscos tanto para o sistema xurídico xeral coma para os dereitos dos particulares”*⁴.

A base legal para que se produzan estes incumprimentos encóntrase en dous supostos que recolle o artigo 18.2 da LOPX e especificamente o artigo 105 da LXCA: a imposibilidade material ou legal de executar unha sentenza e a expropiación dos dereitos e interese recoñecidos fronte á Administración Pública nunha sentenza firme.

Faremos aquí unha referencia ao **principio de proporcionalidade** e a súa incidencia nesta materia. Con carácter xeral, este principio supón a necesidade dunha adecuación ou harmonía entre o fin de interese público que se persiga e os medios que se empreguen para alcanzalo, polo tanto, se cabe unha medida menos gravosa que satisfai igualmente o fin perseguido o principio de proporcionalidade levaranos a aplicala. Se ben, como puxo de relevo o TS na Sentenza do 2 de outubro de 2002⁵ *“nos casos de actuacións que, como a que se axuiza, contradín o plan urbanístico, a Administración resulta obrigada a restaurar a realidade física alterada ou transformada por medio da acción ilegal. Non ten posibilidade de optar entre dous ou máis medios distintos polo que non resulta de aplicación o principio de proporcionalidade”*. Por iso, o principio de proporcionalidade xoga á hora de elixir a medida a aplicar na sentenza, moderando a aplicación da drástica medida de demolición cando o desaxuste legal sexa mínimo, pero non para modular a execución unha vez establecida nesta a medida de derrubamento.

4 ATS do 16 de novembro de 2002 (XUR 2002/266664) (Fdto.Xco. 2º) recollendo a doutrina constitucional establecida na STC nº167/1989.

5 STS do 2 de outubro de 2002 (RX2002/8858) Fdto. Xco. nº 2.

O problema principal que nos encontramos no dereito urbanístico é o de deslindar cando estamos ante un caso de imposibilidade legal e cando ante supostos de execución fraudulenta. Os casos máis patentes de inexecución de sentenzas urbanísticas prodúcense como consecuencia da existencia dun fallo xudicial que obriga á demolición dun inmovible. Nestes supostos é frecuente que nos encontremos coa aprobación dun plan posterior ou unha ulterior licenza que vai dar cobertura xurídica a esa obra ilegal. O elemento clave para discernir se estamos ante unha imposibilidade ou ante un caso defraudatorio vai vir dado pola existencia ou non de **“finalidade de eludir o cumprimento do fallo xudicial”**.

O artigo 118 do Texto Constitucional prevé que as sentenzas e demais resolucións xudiciais firmes de Xuíces e Tribunais son de obrigado cumprimento e recolle a obriga de prestar a colaboración requirida por eles, tanto no curso do proceso como na execución do resolto. Neste sentido, o TC puxo de manifesto na súa Sentenza 312/2006 do 8 de novembro⁶ que as resolucións xudiciais han de ser cumpridas polo ente público

o cal ha de levalas a cabo coa necesaria dilixencia, sen obstaculizar o cumprimento do acordado, por impoñelo o artigo 118 da Constitución, e cando tal obstáculo se produza, o xuíz adoptará medidas necesarias para a súa execución sen que se produzan dilacións indebidas, pois o atraso inxustificado na adopción das medidas indicadas afecta no tempo á efectividade do dereito fundamental.

Os artigos 103.2 e 3 LXCA e 17.2 LOPX insisten neste deber de colaboración aínda que na práctica esta **colaboración é máis ben escasa**: a realidade demostra que os Concellos, non só non prestan a colaboración requirida no ámbito urbanístico, senón que a través da interposición indiscriminada dos recursos pretenden a máxima dilación posible dos procesos xudiciais, especialmente no caso de condenas de demolición polas consecuencias políticas que pode carrexar levar a termo a execución. En moitas ocasións, as administracións locais baséanse na falta de medios materiais para levar a cabo este deber, por iso, sería interesante que na LXCA se regulase uns mecanismos concretos para facer efectiva esta obriga e previse a necesidade de acudir a instancias superiores como a Comunidade Autónoma en caso de falta de medios das administracións locais.

O que si fai a LXCA en relación con este deber de colaboración, é prever as consecuencias derivadas do incumprimento deste deber, que poderá levar consigo a imposición de multas coercitivas así como a dedución do oportuno testemuño para esixir a responsabilidade penal que puidese corresponder (testemuño por un posible delito de desobediencia) (artigo 112 da LXCA).

2 Execución de sentenzas: os posibles contidos do fallo

2.1 O contido da execución en sentenzas contenciosas.

No ámbito urbanístico, o normal é que o fallo considere dúas actividades a realizar: unha de carácter xurídico destinada a modificar o acto anulado e outra de carácter fáctico ou mate-

6 STC 312/2006 do 8 de novembro (RTC 2006/312).

rial que vai transformar a realidade física e que normalmente levará consigo a demolición do ilegalmente construído.

O **artigo 71 da LXCA** é o que recolle nos seus catro apartados os distintos pronunciamentos que a sentenza pode conter:

1. Sentenza estimatoria con decisión anulatoria: no apartado a) sinálase que a sentenza *“declarará non ser conforme a Dereito e, no seu caso, anulará total ou parcialmente a disposición ou acto recorrido ou dispoñerá que cese ou se modifique a actuación impugnada”*.

En materia urbanística, en moitas ocasións o fallo xudicial refírese á anulación xurisdiccional dunha licenza urbanística que deu lugar a unha determinada construción. A esta declaración de nulidade dunha licenza séguelle, como complemento material, a demolición do indebidamente construído con fundamento na licenza anulada.

Formulouse que acontece cando a parte dispositiva da sentenza só anula a licenza pero garda silencio en relación do construído ao abeiro desta. Neste sentido, é moi clarificadora a STS do 7 de xuño de 2005⁷ ao dispoñer que *“... tratándose de obras realizadas ao abeiro dunha licenza que contravén normas urbanísticas, a anulación desta comporta a obriga de demolición daquelas; de sorte que, nin a sentenza que acorda esta, aínda que non tivese sido pedida, é incongruente, nin se supera o sentido do título executivo cando se ordena tal demolición na fase de execución...”*.

2. Sentenza estimatoria de pretensión de recoñecemento de situación xurídica individualizada. No apartado b) do artigo 71 recóllese o suposto dunha pretensión de *“recoñecemento e restablecemento dunha situación xurídica individualizada”*, en cuxo caso o fallo *“recoñecerá a devandita situación xurídica e adoptará cantas medidas sexan necesarias para o pleno restablecemento desta”*; con esta última referencia adiantase ao fallo un pronunciamento propio da execución.

No ámbito urbanístico encontrámonos con sentenzas nas que se recoñece o dereito dun particular a que se lle conceda unha licenza urbanística. Na execución desta clase de sentenzas pode formular problemas un posterior cambio de normativa que faga que a licenza concedida sexa contraria a dereito. Nestes supostos a xurisprudencia optou por acordar a imposibilidade legal cun carácter moi restritivo: só se vai producir a imposibilidade se a execución da sentenza vai supoñer un obstáculo serio para a execución do novo plan⁸.

3. No apartado c) do artigo 71 LXCA refírese ao suposto en que a parte dispositiva consista *“na emisión dun acto ou na práctica dunha actuación xuridicamente obrigatoria”*, como pode ser o outorgamento dunha licenza indebidamente denegada, e se considera a posibilidade de que a sentenza estableza un prazo para que se cumpra

⁷ STS do 7 de xuño 2005 (RX 2005/5244) Fdto. Xco. 7º.

⁸ STS do 4 de maio de 1994 (RX 1994/4146) relativa a unha licenza para ampliar unhas naves industriais, formulada a imposibilidade de execución como consecuencia dunha nova ordenación urbanística que transformara en vial e zona verde parte do terreo en que se debía realizar a ampliación da industria, o TS revogou a sentenza apelada que si determinara a imposibilidade baseándose en que o Concello de Camprodón non xustificou cal era a incidencia da ampliación no novo plan e se os intereses públicos aos que respondía se verían afectados ou non.

o fallo, recolléndose así unha posibilidade de excepcionar o prazo de 2 meses que se prevé para a execución voluntaria da sentenza.

4. Sentenza estimatoria de pretensión de indemnización de danos e prexuízos, que recolle o último apartado do artigo 71.1 no seu apartado d) LXCA.

2.2 Supostos propios de dereito urbanístico

Sen ánimo de exhaustividade, imos analizar algúns dos supostos de sentenzas urbanísticas e os problemas que se formulan na súa execución:

- Sentenzas que acordan a demolición de obras executadas sen licenza ou supostos de obras que superan a licenza outorgada.
- Sentenzas que acordan a anulación de licenzas outorgadas.
- Sentenzas que anulan un Plan Urbanístico.
- Sentenzas anulatorias de instrumentos de execución urbanística (proxectos de compensación, reparcelacións...)
- Outras sentenzas relativas á disciplina urbanística (sancións, ordes de execución, declaración de ruína...)

Vexamos agora, superficialmente, que adoita suceder para que as sentenzas rematen inexecutadas.

1. Sentenzas que acordan a demolición de obras executadas sen licenza ou supostos de obras que superan a licenza outorgada

Ao igual que sucede respecto ao suposto xa mencionado de anulación da licenza, neste caso, tamén se recolleu a necesaria obriga de derrubamento do construído sen a preceptiva licenza.⁹

En canto a se existe diferente tratamento entre os supostos de obras finalizadas ou en curso de execución Geis i Carreras¹⁰ conclúe dicindo, tras unha exhaustiva análise xurisprudencial, que o feito de que as obras non estean finalizadas non condiciona o seu derrubamento, o que moitas veces acontece é que o feito de que as obras estean xa rematadas encarece o custo, o que provoca un trasfondo económico que provoca que xurdan máis tácticas evasivas do cumprimento da sentenza.

Neste punto convén facer unha sucinta referencia ao suposto do artigo 319 do Código Penal (CP) que se refire ao suposto de obras ilegais en solo non urbanizable en cuxo apartado 3º dispón que os xuíces poderán ordenar a demolición. A reforma operada pola L.O. 5/2010 non modificou este punto que segue atribuíndo aos xuíces a posibilidade e non a obriga de ordenar a demolición do construído cometendo este tipo legal, o certo é que a reforma

⁹ SSTS do1 de marzo de 2005 (RX 2005/2367) e do 23 de xuño de 2008 (RX 008/3263).

¹⁰ GEIS I CARRERAS, Gemma, *A execución de sentenzas urbanísticas*, Barcelona, Atelier, 2009, páx. 88.

se podía ter aproveitado para impoñer como consecuencia necesaria da comisión do tipo delituoso a demolición o que sería consonante coa xurisprudencia do TS que vimos citando.

En canto aos supostos de obras que superan a licenza outorgada o mecanismo ou subterfuxio que se utiliza habitualmente para eludir a execución da sentenza é ou ben acudir á imposibilidade material da súa execución ou ben o outorgamento dunha licenza nova que ampare toda a construción (suposto no que se acudirá á imposibilidade legal).

2. Sentenzas que acordan a anulación de licenzas outorgadas

O motivo de fondo da anulación pode ser:

- Ben a vulneración dun plan urbanístico: nestes casos a Administración intentará modificar o Plan para legalizar a construción ilegal. Poden citarse os seguintes exemplos xurisprudenciais.
 - Caso de Deià (Mallorca) no que se acordou a demolición de catro edificios por ilegalidade de licenzas; o Concello aproba un plan especial polo que resultan legalizadas. O TS en Sentenza do 1 de marzo de 2005¹¹ entende que non cabe alegar imposibilidade legal neste suposto por se considerar un subterfuxio para impedir o cumprimento dunha decisión xudicial.
 - Caso do Fortín da Raíña (Tarragona), no cal se acordou inicialmente a ilegalidade da licenza ao estar concedida en zona verde con vulneración do plan urbanístico. Neste suposto o que fixo o concello foi, paralelamente ao proceso xudicial no que se impugnaba a licenza, revisar e adaptar o PXOU convertendo ese espazo nunha zona de equipamento privado para o uso de bares e restaurantes. No proceso de execución alegouse imposibilidade legal que non foi admitida nin polo TSX nin polo TS (STS do 1 de marzo de 2001¹²). As modificacións introducidas no PXOU de Tarragona foron declaradas nulas polo TSX e en casación o TS que entendeu que nos encontrabamos ante un caso de desviación de poder (STS do 5 de abril de 2001¹³).
- Ben a vulneración da lei ou regulamento: nestes casos adoitan entrar en xogo as validacións lexislativas da que é prototipo o suposto da presa de Itoiz.

3. Sentenzas que anulan un Plan Urbanístico

Aquí englobaríamos os supostos de:

- Anulación do PXOU, que formula a posible ilegalidade dos plans derivados.
- Anulación dos plans derivados, en cuxo caso a Administración o que adoita facer é aprobar, revisar, modificar o plan xeral que legaliza o plan derivado se se trata dunha anulación parcial ou ben, se a anulación do plan derivado é total, aprobará un novo plan que substitúe o ilegal.

11 STS do 1 de marzo de 2005 (RX 2005/2367).

12 STS do 1 de marzo 2001 (RX 2001/2367).

13 STS do 5 de abril 2001, (ver tamén STS do 18 de febreiro de 2004 (RX 2004/3160), que desestima recurso de casación.

Neste sentido hai que destacar que o TS entendeu que a anulación dos instrumentos de planificación urbanística deixan a salvo as licenzas firmes por razóns de seguridade xurídica.

4. Sentenzas anulatorias de instrumentos de execución urbanística

Os xuíces e tribunais tamén poden estimar a anulación dos instrumentos de xestión. Dende esta óptica, hai que ter en conta que a anulación dun plan traerá como consecuencia, na maior parte das ocasións, a anulación dos instrumentos de xestión xurdidos sobre a base deste.

Podemos citar como exemplos destas anulacións as seguintes:

- Anulación do proxecto de reparcelación, aquí vanse ver afectados moitos propietarios e terceiros adquirentes e, por iso, os tribunais adoitan ser remisos a levar a cabo a demolición; a execución nestes supostos pasa pola redacción dun novo proxecto de reparcelación, e así entendérono diversas Sentenzas do TS¹⁴. Non obstante, noutros casos optouse por acordar unha imposibilidade material sobre a base de que non se podía devolver os terreos en cuestión por estar situadas nelas dotacións, espazos públicos e solares de substitución doutros terreos que o impedían, entendendo que o procedente era unha indemnización de danos e prexuízos (STS do 30 de decembro de 2009¹⁵).
- Anulación do proxecto da Xunta de Compensación, nestes supostos sería importante adoptar medidas preventivas que paralicen o proxecto dende o momento da súa impugnación ante a xurisdición contenciosa.
- Anulación da expropiación urbanística, que levará consigo a reversión da expropiación urbanística, por exemplo por unha desafectación por alteración da causa expropiatoria que implicará necesariamente a reversión ao anterior propietario na execución do fallo da sentenza.
- Anulación dun convenio urbanístico de execución, nestes casos a xurisprudencia entendeu que procedería a demolición do construído, así a STS do 22 de decembro de 2008¹⁶.

5. Sentenzas relativas á disciplina urbanística

Son moitos os supostos que se poden englobar aquí: sancións, ordes de demolición, declaración de ruína, etc. En ocasións, estas sentenzas non se executan porque non hai un terceiro que inste a execución destas; pensemos por exemplo no caso das sancións, á Administración non lle interesará executar a sentenza polos custos políticos que pode levar consigo e se os xuíces non exercitan as facultades que lles outorga o ordenamento (e que trataremos máis adiante), a realidade práctica demostra que moitas delas rematan inexecutadas.

14 STS do 24 de maio 1993 (RX 1993/3503) e STS do 27 de xullo de 2005 (RX 2005/6732).

15 STS do 30 de decembro 2001 (RX 2010/3024).

16 STS do 22 decembro 2008 (RX 2009/365).

3 As distintas clases de execución

Segundo a LXCA podemos diferenciar as clases de execución de sentenzas que analizaremos de forma superficial para poder analizar máis detidamente as principais causas de inexecución.

3.1 Execución voluntaria

Segundo o artigo 104 do texto legal

“1. Logo que sexa firme unha sentenza, o Secretario xudicial comunicarao no prazo de dez días ao órgano que tivese realizado a actividade obxecto do recurso, co fin de que, recibida a comunicación, a leve a puro e debido efecto e practique o que esixa o cumprimento das declaracións contidas no fallo, e no mesmo prazo indique o órgano responsable do cumprimento daquel.

2. Transcorridos dous meses a partir da comunicación da sentenza ou o prazo fixado nesta para o cumprimento do fallo conforme ao [artigo 71.1.c\)](#), calquera das partes e persoas afectadas poderá instar a súa execución forzosa.

3. Atendendo á natureza do reclamado e á efectividade da sentenza, esta poderá fixar un prazo inferior para o cumprimento, cando o disposto no apartado anterior o faga ineficaz ou cause grave prexuízo.”¹⁷

Enténdese que esta forma de execución sería a canle normal de cumprimento de sentenzas, se ben na práctica son moi poucas as sentenzas urbanísticas que se cumpren no período voluntario.

3.2 Execución forzosa

3.2.1 Introducción

Presuposto para iniciar a execución forzosa das sentenzas é o cumprimento de todos e cada un dos trámites para a execución voluntaria. Por iso, unha vez cumpridos aqueles e transcorridos os prazos sinalados no artigo 104 LXCA, é cando se pode proceder ao inicio da execución forzosa das sentenzas.

¹⁷ Este artigo foi reformado pola L.37/2011, do 10 de outubro, de medidas de axilización procesual. Os requisitos que se derivan da regulación da LXCA son:

- A sentenza debe ser firme.
- O artigo 104 esixe que se comunique a sentenza *“no prazo de dez días ao órgano que tivese realizado a actividade obxecto do recurso”*. A comunicación ao órgano que tivese realizado a actividade obxecto do recurso, e, polo tanto, non a que se puidese facer ao representante procesual da Administración, é a que vai determinar o inicio do cómputo de prazo de 2 meses de execución voluntaria que se establece como regra xeral na LXCA. O prazo para realizala é de dez días.
- Con anterioridade á reforma do ano 2011 dábase outro prazo de 10 días a continuación para remitir ao órgano xudicial notificación de recibo da mencionada comunicación. E só a partir desa notificación de recibo comezaba o día a quo do cómputo do prazo da execución voluntaria. Con bo criterio suprimíase ese segundo prazo co fin de axilizar a tramitación. A continuación a Administración receptora debe indicar ao Xulgado ou Tribunal executor da sentenza o *“órgano responsable do cumprimento daquel”*.
- O prazo de execución voluntaria é o de *“dous meses a partir da comunicación da sentenza”*, se ben hai que ter en conta que:
 - O suposto previsto no artigo 71.1.c) LXCA permite que a mesma sentenza poida *“establecer prazo para que se cumpra o fallo”* nos casos nos que a Administración fose condenada á emisión dun acto ou á práctica dunha actuación xuridicamente obrigatoria.
 - O artigo 104.3 LXCA contempla a posibilidade de establecer un prazo inferior.

No artigo 108 LXCA establécense os distintos modos de execución das sentenzas que serán analizados no último epígrafe do traballo relativo ás facultades procesuais de que dispoñen os xuíces e tribunais para levar a efecto as sentenzas.

3.2.2 Aspectos procesuais

A vía arbitrada pola LXCA é a da cuestión incidental a que se refire o artigo 109 LXCA¹⁸. Sobre a base deste precepto podemos dicir:

- Que este sería a canle procedemental axeitada para tramitar, non só a solicitude de execución forzosa, senón tamén cuestións tales como:
 - os supostos de nulidade de pleno dereito dos actos e disposicións contrarios aos pronunciamentos das sentenzas do artigo 103.4 LXCA para determinar se se dítaron para eludir os pronunciamentos das sentenzas;
 - os supostos de actuacións administrativas de carácter material posteriores á sentenza que contraveñen os pronunciamentos do fallo;
 - ou os casos de imposibilidade material ou legal da execución, a que logo nos referiremos.
- Prazo de tempo para instar este incidente, o artigo 109 limitase a dicir *“mentres non conste en autos a total execución da sentenza”*. Formulouse aquí se existe un prazo de caducidade desta acción. A doutrina veu discutindo sobre a posibilidade de aplicar a esta orde xurisdiccional o prazo de 5 anos de caducidade que prevé a LAC no seu artigo 518 ou se o prazo sería o previsto con carácter xeral no artigo 1964 CC de 15 anos. Este último é o que o TS entende aplicable debido ao peculiar sistema de execución das sentenzas contencioso-administrativas (así veuno a recoller na Sentenza do 7 de xuño de 2005¹⁹, fundamento xurídico número décimo cuarto).

Ademais, como puxo de manifesto a doutrina *“pode renovarse tantas veces sexa mester”*²⁰ mentres non conste en autos a total execución non existindo límite ao número de veces da súa utilización.

18 Segundo artigo 109 da LXCA:

“1. A Administración pública, as demais partes procesuais e as persoas afectadas polo fallo, mentres non conste en autos a total execución da sentenza, poderán promover incidente para decidir, sen contrariar o contido do fallo, cantas cuestións se formulen na execución e especialmente as seguintes:

- 1. Órgano administrativo que se ha de responsabilizar de realizar as actuacións.*
- 2. Prazo máximo para o seu cumprimento, en atención ás circunstancias que concorran.*
- 3. Medios con que se ha de levar para efecto e procedemento a seguir.*
- 2. Do escrito formulando a cuestión incidental o Secretario xudicial dará traslado ás partes para que, en prazo común que non excederá de vinte días, aleguen o que consideren procedente.*
- 3. Evacuado o traslado ou transcurrido o prazo a que se refire o apartado anterior, o Xuíz ou Tribunal ditará auto, no prazo de dez días, decidindo a cuestión formulada”.*

19 STS do 7 de xuño 2005 (RX 2005/5244).

20 BELTRÁN DE FELIPE, M.: “Comentario ao artigo 109, en Comentarios á Lei da Xurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”, Edición especial da Revista Española de Dereito Administrativo, Madrid, 1999, pág. 775 citado en GARCÍA SANZ e OUTROS op. cit, pág. 25.

Esta amplitude obxectiva unida á amplitude temporal coa que está configurado leva consigo riscos para a propia execución de sentenzas porque en moitas ocasións ese incidente é utilizado con vontade dilatoria.

- Órgano xurisdicional competente: o artigo 103.1 da LXCA atribúe a competencia para a execución das sentenzas ao Xulgado ou Tribunal que coñecese do asunto en primeira ou única instancia.
- Lexitimación: o precepto atribúe lexitimación á Administración pública, as demais partes procesuais e as persoas afectadas polo fallo, con esta última expresión inclúense persoas interesadas na execución do fallo aínda que non comparecesen no proceso principal. O concepto “*persoas afectadas*” tamén foi analizado pola xurisprudencia e así a STS do 7 de xuño de 2005²¹ determinou que, por tales, había que entender aquelas que poidan ver menoscabados ou prexudicados os seus dereitos ou os seus intereses lexítimos por efecto da execución ou inexecución da sentenza e iso con independencia de que interviñesen ou tivesen podido facelo no proceso principal, despois de renunciar a iso. Esta ampliación da lexitimación ás “persoas afectadas” ten unha grande importancia porque permite solicitar a execución aos inquilinos de vivendas que non foran partes no proceso, pero que como tales van ser os primeiros afectados pola sentenza.

A doutrina formulouse se malia a dicción literal do artigo 109 tamén estaría lexitimado o propio órgano xurisdicional para instar a execución forzosa. FERNÁNDEZ VALVERDE²² considera que si estaría lexitimado posto que sería un contrasentido ampliar a lexitimación para a execución da sentenzas a persoas afectadas pola mesma que non foron parte no litixio e impedir ao mesmo tempo que o Tribunal que resolveu o litixio non o poida realizar de oficio no exercicio da súa potestade xurisdicional.

En materia urbanística fórmulanse dúas cuestións diferenciadas da doutrina xeral en materia de lexitimación:

- En primeiro lugar a lexitimación do **Ministerio Fiscal** (MF) para instar a execución da sentenza no ámbito urbanístico e ambiental. Nesta materia están implicados uns fortes intereses xerais que fixeron que se lle recoñeza legalmente lexitimación ao MF pola Lei de Responsabilidade Ambiental Lei 26/2007 do 23 de outubro (disposición adicional oitava).
- En segundo lugar fórmulase se en materia urbanística se pode invocar tamén en fase de execución o exercicio da **acción pública**: neste sentido hai que destacar a STS do 7 de xuño 2005 (RX 2005/5244), ditada no asunto de Pazo de Quiñones, neste caso o auto recorrido en casación xa outorgaba lexitimación á Asociación, invocando o artigo 104.2 LXCA, por consideralas persoas afectadas, xa que se trataba de veciños do ámbito físico próximo ao punto de situación dun edificio que constituía unha pantalla disonante coa contorna paisaxística e coas características das casas da contorna, pero o TS engade que, ademais, as devanditas persoas estarían tamén lexitimadas como

21 STS do 7 de xuño 2005 (RX 2005/5244).

22 FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael “A execución das sentenzas no ámbito urbanístico” *Revista de urbanismo e Edificación*, Aranzadi, núm.20/2009, páx.26.

consecuencia do carácter público que o noso ordenamento xurídico atribúe á acción para esixir a observancia da lexislación urbanística.

En sentenza do 23 de abril de 2010²³ o TS ratifica este criterio ao resolver un recurso de casación fronte a un auto ditado polo TSX de Madrid que non admitía a comparecencia en autos de varias asociacións de veciños e ecoloxistas por entender que o concepto de “persoas afectadas” a que se refire o artigo 109 da LXCA non pode facerse extensivo a todo o conxunto da sociedade, aos habitantes dunha Comunidade Autónoma ou dunha cidade nin tampouco ás entidades que teñan como obxectivos a defensa de intereses difusos relacionados coa legalidade urbanística ou co medio cando ese fin societario sexa o único título en que se basee a lexitimación. Tampouco se estendería sen máis á pluralidade indeterminada de destinatarios da norma que era o PXOU de Madrid. Pois ben, neste caso o TS estima o recurso de casación interposto fronte ao auto manifestando que a transcendencia da protección da legalidade urbanística que levou ao lexislador a ampliar a lexitimación en canto ao acceso aos órganos xurisdiccionais debe ter algunha consecuencia no recurso contencioso administrativo tanto na fase declarativa coma na fase de execución, entendendo o Alto tribunal que neste suposto a asociación recorrente “Ecoloxistas en Acción -Coda” pode comparecer na execución para exercitar as accións tendentes unicamente ao exacto cumprimento da sentenza²⁴.

3.3 Execución fraudulenta

Brevemente, posto que será obxecto de análise máis detidamente no epígrafe 5 do presente traballo, diremos que con esta denominación nos referimos a aqueles supostos nos que malia que a Administración procede formalmente á execución da sentenza ditada, mediante os pronunciamentos, actos ou actuacións para iso necesarios pero, con todo, o resultado obtido non conduce xustamente á finalidade establecida pola propia lei; isto é, en realidade non se alcanza a cumprir a sentenza na forma e termos que nesta se consignan para conseguir levala a puro e debido efecto²⁵.

En realidade englobaríanse aquí dous supostos concretos:

- O recollido no artigo 103 nos seus números 4 e 5 que dispón que: *“4. Serán nulos de pleno dereito os actos e disposicións contrarios aos pronunciamentos das sentenzas, que se diten coa finalidade de eludir o seu cumprimento”*. A través deste artigo pódese proceder á anulación da modificación do plan ou posterior licenza ditada coa finalidade de eludir o cumprimento do fallo xudicial, supostos que o TS cualificou como de desviación de poder.
- En segundo lugar, a execución fraudulenta da sentenza pode vir determinada como consecuencia dunha actividade material da propia Administración que contraviñer os pronunciamentos do fallo contemplado no artigo 108.2 que determina que nestes casos *“o Xuíz ou Tribunal, a instancia dos interesados, procederá a repoñer a situa-*

23 STS do 23 abril 2010 (RX 2010/4711).

24 “Execución de sentenza. Personación en execución de sentenza. A acción pública en materia de urbanismo, na fase de execución” *Revista Práctica Urbanística*, número 95, xullo 2010, páx. 62-64.

25 FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael “A execución de sentenzas no ámbito urbanístico” *Revista de urbanismo e Edificación*, Aranzadi núm. 20/2009.

ción ao Estado esixido polo fallo e determinará os danos e prexuízos que ocasionar o incumprimento”.

3.4 Execución provisional

Como destaca Martínez de Pisón²⁶ a execución provisional pode converterse nunha alternativa para vencer unha específica modalidade de resistencia administrativa ao cumprimento das sentenzas: a do seu recurso indiscriminado para evitar a súa firmeza.

A regra xeral en canto á execución de sentenzas é que serán executables cando adquiren firmeza. Así e todo, admítase a execución provisional cando se encontre pendente de recurso, se ben esta execución quedará condicionada, no que se refire á súa efectividade, a que a propia sentenza recorrida e executada non sexa revogada pola sentenza que dite o tribunal que coñeceu do recurso.

A LXCA configura con carácter xeral os recursos xudiciais con efecto suspensivo aínda que considera a posibilidade da execución provisional nos artigos 84 e 91 sempre que se adopten determinadas cautelas para evitar o uso de recursos cunha finalidade dilatoria da satisfacción da pretensión obxecto do recurso.

Da regulación legal o que nos interesa aquí poñer de manifesto son os límites á execución provisional que contempla a LXCA e que vai supoñer a práctica inaplicabilidade deste tipo de execución en materia urbanística.

- En primeiro lugar un **límite de carácter xurídico** que contempla a propia LXCA e que esixe ao xuíz que faga un xuízo de previsibilidade, avaliando as consecuencias que se poidan producir coa execución provisional da sentenza co fin de ver se as consecuencias que a execución provisional pode producir poderán ser paliadas no suposto de revogación da resolución recorrida. Hai que destacar o diferente matiz que se contén nos 2 artigos, así o 84 fala de “*situacións irreversibles ou prexuízos de **imposible** reparación*” fronte ao disposto no artigo 91 que se refire a “*situacións irreversibles ou causar prexuízos de **difícil** reparación*”. Que o lexislador utilizase diferentes termos nun e outro supón que a execución provisional no recurso de casación estea máis limitada posto que abonda aquí con que se poida producir un prexuízo de difícil reparación (e non de imposible reparación) para que o órgano xudicial non poida acordar a execución provisional.
- En segundo lugar, se o auto é estimatorio da execución provisional o xuíz deberá establecer as medidas necesarias para evitar ou paliar os prexuízos que se puidesen producir nos casos de revogación do fallo executado. Se se acordan **medidas preventivas** só se procederá a despachar a execución cando se constituísen estas. Ademais, hai que prestar **caución abondo** para responder dos posibles prexuízos aínda que co matiz de que se é a Administración a que insta a execución provisional quedará exenta de prestar a devandita caución tratándose de recurso de apelación (artigo 84.5).

26 MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, IÑIGO “A execución provisional de sentenzas no contencioso-administrativo”. Cuadernos Cívitas primeira edición 1999, pág. 55.

A necesidade de prestar caución é un límite práctico á posibilidade de executar provisionalmente a sentenza ao igual que con carácter xeral o é a caución en materia de medidas preventivas; pero o certo, é que no ámbito urbanístico supón un freo aínda maior, posto que as consecuencias económicas que se poden derivar da execución provisional son moitas veces de enorme importancia e obrigaría a fixar unhas caucións demasiado elevadas que as partes favorecidas polo fallo non poderían soportar. Ademais, en moitas ocasións ocasionaríanse situacións irreversibles polo que os órganos xudiciais procederán a denegar a execución provisional.

Dende o punto de vista teórico, é unha boa medida para evitar a dilación dos procesos xudiciais a través dos recursos e a súa consecuente eternización, pero as dificultades prácticas polas razóns expostas fan que sexa unha figura practicamente inviable en materia urbanística. Hai poucos casos nos que se acordase unha execución provisional, destacamos o suposto que deu lugar á STS do 27 Xullo 2005²⁷, nela estímase un recurso de casación fronte a un auto do TSX de Andalucía que acordaba a execución provisional dunha sentenza anulatoria dun proxecto de reparcelación, a execución provisional consistía na elaboración dun novo proxecto e fíxárase unha caución de 60.000 euros. O TS entende que os prexuízos que se derivarían da nova reparcelación tendo en conta as dimensións do polígono a concesión de licenzas para 245 vivendas, a posible falta de coincidencia entre as parcelas resultantes de ambas as dúas parcelacións, entre outros aspectos, non quedaban cubertas con esa caución, revogando o auto de execución provisional.

4 Causas de inexecución de sentenzas urbanísticas

4.1 Introducción

Debemos partir do principio xeral que rexe en materia de execución: toda sentenza debe ser cumprida nos seus propios termos, non obstante, este principio xeral vese fortemente excepciónado en dous supostos que recollen os artigos 105 LXCA e 18.2 LOPX: a imposibilidade material ou legal de executar unha sentenza e a expropiación de dereitos e intereses lexítimos recoñecidos fronte á administración pública nunha sentenza firme.²⁸

27 STS do 27 xullo 2005 (RX 2005/6732).

28 Artigo 105 LXCA: “1. Non poderá suspenderse o cumprimento nin declararse a inexecución total ou parcial do fallo. 2. Se concorresen causas de imposibilidade material ou legal de executar unha sentenza, o órgano obrigado ao seu cumprimento manifestarao á autoridade xudicial a través do representante procesual da Administración, dentro do prazo previsto no apartado segundo do artigo anterior, co fin de que, con audiencia das partes e dos que considere interesados, o Xuíz ou Tribunal aprecie a concorrencia ou non das devanditas causas e adopte as medidas necesarias que aseguren a maior efectividade da executoria, fixando no seu caso a indemnización que proceda pola parte en que non poida ser obxecto de cumprimento pleno. 3. Son causas de utilidade pública ou de interese social para expropiar os dereitos ou intereses lexítimos recoñecidos fronte á Administración nunha sentenza firme o perigo certo de alteración grave do libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns, o temor fundado de guerra ou o quebranto da integridade do territorio nacional. A declaración da concorrencia dalgunha das causas citadas farase polo Goberno da Nación; poderá tamén efectuarse polo Consello de Goberno da Comunidade Autónoma cando se trate de perigo certo de alteración grave do libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns e o acto, actividade ou disposición impugnados proviñese dos órganos da Administración da devandita Comunidade ou das Entidades locais do seu territorio, así como das Entidades de Dereito público e Corporacións dependentes dunha e outras. A declaración de concorrencia dalgunha das causas mencionadas no parágrafo anterior haberá de efectuarse dentro dos dous meses seguintes á comunicación da sentenza. O Xuíz ou Tribunal a quen competa a execución sinalará, polo trámite dos incidentes, a correspondente indemnización e, se a causa alegada fose a de perigo certo de alteración grave do libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns, apreciará, ademais, a concorrencia do devandito motivo.”

Así, a imposibilidade de execución configúrase na lexislación como unha excepción ao principio xeral de que unha sentenza se debe executar nos seus propios termos por motivos de legalidade (imposibilidade legal) ou por motivos de tipo fáctico (imposibilidade material), pero non por motivos de interese público, tal e como conclúe o profesor GÓMEZ-FERRER CANTO²⁹.

No ámbito urbanístico, gran parte das sentenzas firmes vanse encontrar no momento da súa execución ou ben cunha imposibilidade material pola forza dos feitos ou ben ante unha decisión administrativa ou normativa que legalizou o que foi declarado ilegal na sentenza. As razóns son varias, unha delas é a longa duración do proceso contencioso, de modo que cando a sentenza adquire firmeza pasou un lapso de tempo demasiado longo no que a situación de feito cambiou tanto que é moi difícil poder volver repoñer as cousas ao estado anterior á anulación xudicial.

4.2 Imposibilidade material

Podemos dicir que hai imposibilidade material cando nos encontramos cun obstáculo de carácter físico que non permite executar a sentenza porque o obxecto desapareceu ou porque se destruíu,³⁰ se ben, a mera existencia de dificultades prácticas non supón *per se* que esteamos en presenza de imposibilidade material.

En materia urbanística é habitual alegar a imposibilidade material cando se ordena o derribamento parcial como acontece cando só unha parte da construción supera a licenza outorgada e por iso só unha parte é ilegal.

Esta causa, que debe ser interpretada restritivamente³¹, foi aplicada en diversas ocasións pola xurisprudencia, así cabe destacar entre outras:

- Auto do TS do 11 abril de 1990 (RX 1990/3639) que acepta a imposibilidade material de execución dunha sentenza que ordenara a demolición parcial dun edificio ao considerar que quedara probado tecnicamente que a demolición era imposible e só cabería unha demolición total do edificio. A demolición total foi considerada como un atentado ao principio de proporcionalidade entre o estritamente lícito e a medida que o sancionara.
- STS do 13 de decembro de 1990 (RX 1990/9963) que tamén acepta a imposibilidade material na demolición parcial dun edificio porque iso supoñería un grave risco para a estabilidade de todo o edificio.

Artigo 18 LOPX: “1. As resolucións xudiciais só poderán deixarse sen efecto en virtude dos recursos previstos nas Leis. 2. As sentenzas executaranse nos seus propios termos. Se a execución resultar imposible, o Xuíz ou Tribunal adoptará as medidas necesarias que aseguren a maior efectividade da executoria, e fixará en todo caso a indemnización que sexa procedente na parte en que aquela non poida ser obxecto de cumprimento pleno. Só por causa de utilidade pública ou interese social, declarada polo Goberno, poderán expropiarse os dereitos recoñecidos fronte á Administración Pública nunha sentenza firme, antes da súa execución. Neste caso, o Xuíz ou Tribunal a quen corresponda a execución será o único competente para sinalar por vía incidental a correspondente indemnización”.

29 GÓMEZ FERRER RINCÓN, Rafael. *A imposibilidade de execución das sentenzas no proceso contencioso-administrativo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, páx. 264.

30 M. C. ESCUDERO HERRERA *Os obstáculos á efectividade das sentenzas no contencioso -administrativo e as súas solucións* citado por GEIS I CARRERAS op. cit. páx. 205-206.

31 STS do 26 de xaneiro de 1999 (RX 1999/357) que desestimou a presenza da devandita causa na reconstrución ilegal do teatro romano de Sagunto STS do 2 de febreiro de 2000.

- STS do 27 de xullo de 2001 (RX 2001/8327) que confirma o auto do 20 de abril de 1998 do TSX de Galicia en canto a apreciar unha causa de imposibilidade material na execución dunha sentenza que obrigaba á demolición de dúas plantas dun edificio de Ourense en canto se extralimitaba do que permitía o plan urbanístico. O TS parte de que a única solución técnica viable sería a demolición total do edificio posto que a demolición parcial deixaría afectado ao edificio de tal maneira que non se podería garantir no sucesivo a seguridade das persoas.

A inviabilidade técnica é, efectivamente, a causa que vai determinar unha imposibilidade material de execución das sentenzas, que se poida determinar se concorre ou non esta causa de inexecución dependerá sempre, polo tanto, dos **ditames periciais de carácter técnico**.

Non obstante o anterior, hai que poñer de manifesto as seguintes cuestións:

- Hoxe en día o estado da técnica permite facer fronte a moitos supostos que antes se configuraron como de imposibilidade material: STS do 7 de decembro de 2002 (RX 2002/10840) no que o Concello das Pontes de García Rodríguez formula a excepción de imposibilidade material na execución dunha sentenza de condena ao derrubamento da terceira planta dunha casa cuartel da Garda Civil sobre a base de que afectaría á totalidade do edificio. O TS entendeu que a proba practicada no incidente demostrou que non se causarían prexuízos irreparables no edificio. Hoxe en día a técnica ofrece solucións abondo como para que as sentenzas urbanísticas poidan executarse, limitándose a excepción de imposibilidade material a casos moi excepcionais.
- Hai que diferenciar a inviabilidade técnica, que si pode dar lugar a unha causa de imposibilidade material, da mera dificultade ou complexidade técnica que non se pode configurar como tal³².
- Principio de proporcionalidade: normalmente este principio é invocado polas partes obrigadas a executar a sentenza para que se permita manter intacta parte da superficie dun edificio que se entendeu ilegal, así, a xurisprudencia considerou que a aplicación do principio de proporcionalidade está en boa medida ligada ao grao de ilegalidade da construción: canto máis ilegal sexa a construción menos aplicabilidade pode ter este principio, é dicir, o principio de proporcionalidade xoga no proceso xudicial previo cando a ilegalidade é mínima, pero non é invocable en fase de execución para minimizar as consecuencias do fallo.

Por último, hai que poñer de manifesto que acordada a imposibilidade material se se modifica o estado da técnica ou as condicións se pode reiniciar execución, a partir do artigo 109 LXCA, ata que non conste en autos a total execución da sentenza.

4.3 Imposibilidade legal

A imposibilidade legal de execución de sentenzas trae a súa causa do cambio sobrevido da norma que fundamentaba o acto e a conseguinte modificación dos efectos na situación xurídica. Isto prodúcese con frecuencia no ámbito urbanístico cando a posterior alteración

32 STS do 22 de novembro de 2005 (RX 2006/4140) citada por GÓMEZ FERRER RINCÓN *op.cit.* páxs. 190-191.

do plan urbanístico fai legal o contido do acto anulado. Trátase dun límite á execución de sentenzas, unha excepción ao principio xeral de execución das sentenzas nos seus propios termos por motivos de legalidade³³.

Constitúe unha excepción que, a pesar de ser aplicable á xeneralidade do ordenamento administrativo, incide de xeito especial no ámbito urbanístico, así cabe aquí recoller as palabras o propio TS na Sentenza do 6 de xuño de 2001 (RX 2001/3813) que pon de manifesto que: *“a natureza normativa do plan, que serve de cobertura ás licenzas e, a súa modificabilidade no tempo, fan moito máis elásticas as execucións de sentenza neste ámbito do que o son noutros campos do proceso contencioso, pois o cambio de lexislación aplicable é susceptible de xerar inexecucións de sentenza que, dificilmente, teñen cabida noutros ámbitos administrativos. “(Fdto. Xco. 1º).*

Unha das causas que subxace na execución de sentenzas é precisamente o longo lapso de tempo que transcorre ata que efectivamente é executada, como sostén GEIS I CARRERAS, a execución do fallo dunha sentenza eternízase e chega a prazos de dez ou quince anos e no peor dos casos, queda paralizada a execución pola concorrencia da excepción de imposibilidade legal, establecéndose unha relación directa entre o longo período transcorrido e a notoriedade da imposibilidade legal no ámbito urbanístico na medida en que resulta insostible que durante o prazo de 15 anos non se dite unha nova normativa que afecte ao fallo³⁴. Polo tanto, é necesario axilizar a xustiza e a fase de execución para reducir os supostos de imposibilidade legal e dar unha maior efectividade aos fallos xudiciais:

Imos analizar os distintos supostos en que foi alegada a imposibilidade legal como causa de inexecución de sentenzas no ámbito urbanístico sistematizándoos nos seguintes:

4.3.1 Casos nos que se dita unha nova licenza que ampara a construción que fora declarada ilegal

O suposto de feito sería o de sentenzas que obrigan á demolición dunha obra por ter sido construída sen licenza ou superar a licenza outorgada. No momento en que remata o proceso xudicial e temos unha sentenza firme, a realidade xurídica é a da existencia dunha nova licenza que lexitima o construído, sen necesidade de ter modificado o plan, posto que o outorgamento desta segunda licenza está dentro dos límites permitidos polo plan vixente. Pensemos que se pode chegar á vía contenciosa porque o expediente de reposición de legalidade en vía administrativa non se inicie (alegando inactividade administrativa e resolvendo o xulgado do contencioso a demolición) ou fracase (derivando finalmente nunha orde de derrubamento do Concello que se recorre e que con posterioridade se quere evitar a través deste mecanismo). A sentenza determina a obriga de demoler, pero, nese momento, hai xa unha licenza que legaliza a obra e no incidente de execución fórmulase imposibilidade legal.

O TS en sentenza do 26 de xaneiro de 2005 estima a excepción de imposibilidade na execución dunha sentenza ante a concesión sobrevida dunha licenza dicindo expresamente

33 LIZARRAGA, José Antonio “Tutela xudicial efectiva e imposibilidade legal de execución de sentenzas en materia urbanística. *“Revista Aranzadi Doutrinal* núm. 3/2009, Editorial Aranzadi S. A., Pamplona. 2009 citando a Gimeno Sendra, Moreno Catena, P. Sala Sánchez, López Gil e Gómez Ferrer Rincón. Páxina 3 do documento electrónico.

34 GEIS I CARRERAS, GEMMA *A execución das sentenzas urbanísticas*, Editorial Atelier, 2009, páxina 235.

“...el referente non é xa a licenza de 1993, á que non se adecuaban as obras inicialmente executadas, senón unha posterior de 1994, que autoriza unha maior altura, pero dentro do límite permitido polas Normas Urbanísticas. A acomodación da construción a aquela licenza inicial, ou o que é igual, a execución da sentenza nos seus propios termos, vese obstaculizada por unha nova sentenza que, en canto acomodada ás Normas, se erixe como causa de imposibilidade legal daquela execución.”³⁵

4.3.2 Cambios normativos que legalizan as construcións ilegais; isto pode deberse a:

4.3.2.a) Cambio no plan urbanístico cando a licenza declarada ilegal era contraria a este. Requisitos para que se poida apreciar a imposibilidade legal

En primeiro lugar hai que se formular se unha vez que se produciu a modificación na normativa urbanística que ampara a edificación realizada, se entende automaticamente que a execución da sentenza é imposible ou é necesario o **acto administrativo de legalización**, isto é, que se dite unha nova licenza que ampare a construción de conformidade coa nova norma urbanística.

Inicialmente a xurisprudencia entendera que o outorgamento posterior do acto administrativo de legalización non era necesario. Este foi o criterio mantido por moitas sentenzas do TS, entre elas podemos a STS do 21 de xaneiro de 1999 que expresamente dispón que *“... el acto anulado pola sentenza resulta conforme a dereito como consecuencia do cambio de plan, polo que a sentenza é inexecutable por imposibilidade legal...”* (Fdto. Xco. 3º)³⁶.

Non obstante, houbo un cambio xurisprudencial a partir do 2006, o TS en sentenza do 13 de xuño de 2006 (RX 2006/4606) confirma a sentenza do TSX de Galicia que entendía necesaria a existencia do acordo da Administración en relación coa legalización, así o TS considera que *“... só o ditado de novas resolucións administrativas que xustifiquen a plena litude e amparen por iso a actividade e as obras (e non o mero cambio da clasificación urbanística do solo que de non urbanizable común pasou a solo urbano) permitirá descubrir que xa desapareceron, se iso é posible, todos os obstáculos que se opoñían á legalidade e a instalación en cuestión”* e a partir de aquí mantívose o mesmo criterio en sentenzas como a do 26 de setembro de 2006 (RX 2006/6665), tamén en relación coa execución dunha sentenza do TSX de Galicia pola que se condenaba ao concello de Moaña á demolición de 3 plantas dun edificio na que expresamente se argumenta que *“non abonda, para ter por legalizada a obra, con que se aprobe un novo plan senón que se debe instar do órgano competente a oportuna legalización*, cuxa resolución ao respecto, xa sexa expresa ou tácita, será susceptible de control xurisdiccional en fase de execución de sentenza...” (Fdto. Xco. nº 7).

En segundo lugar a xurisprudencia limita esta excepción de imposibilidade legal introducindo un requisito subxectivo: **o cambio de plan non determinará a imposibilidade de execución cando a devandita modificación se realizase precisamente coa finalidade de impedir a devandita execución e non por un motivo de interese xeral**. Esta doutrina aparece por primeira vez de forma clara coa sentenza do TS do 23 de xullo de

35 STS do 26 de xaneiro 2005 (RX 2005/1521) Citada en GEIS I CARRERAS, Gemma *A execución das sentenzas urbanísticas*. Editorial Atelier 2009 páxina 242.

36 GÓMEZ FERRER RINCÓN *op. cit.* págs. 48-56 (RX 1999/351).

1998 (RX 1998/5883) pola que se anulou unha licenza para a construción dunha vivenda e ordena a demolición das obras ilegalmente realizadas. O concello de Cercs alega no recurso de casación unha legalización posterior polas Normas Subsidiarias de Plan dunha parte das obras sobre as que pesaba a orde de demolición. O TS desestima este motivo e expresa-mente di: *“non é exacto que a legalización do plan produza unha automática legalización ex post facto de todas as edificacións que resultan conformes no novo aínda que non o fosen no anterior (...) tendo ben presente que esta Sala declarou reiteradamente que o Tribunal sentenciador pode impoñer as consecuencias da anulación da licenza, malia que formalmente resulta amparada por unha nova ordenación, se estimar esta ilegal por producirse coa finalidade de eludir a execución dunha sentenza e as responsabilidades que diso derivaren para a Administración”*.

Este criterio doutrinal seguiu-se en numerosas sentenzas do TS con posterioridade³⁷, entre eles no caso do Fortín da Raíña. Este suposto parte da anulación dunha licenza de obras concedida polo Concello de Tarragona para a restauración do Fortín da Raíña co obxecto de ser destinado a un restaurante, e no que, as modificacións introducidas no PXOU de Tarragona foron declaradas nulas polo TSX entendendo o TS en casación que nos encontramos ante un caso de desviación de poder (STS do 5 de abril de 2001). O TSX considerou que non estabamos ante unha legalidade sobrevida senón ante unha legalidade traída a propósito para impedir a execución da sentenza, o cal se debe considerar como un uso desviado das potestades de plan que corresponden ao municipio. O TS confirma a sentenza recorrida rexeitando o motivo de casación aducido polo recorrente.

Igualmente podemos destacar o caso da estación de servizo de Cances³⁸. Tanto o TSX como con posterioridade o TS negaron a existencia desa imposibilidade afirmando este último que a Administración, se ben segue dispoñendo das súas facultades de ordenación urbanística, e polo tanto de modificación das determinacións aplicables, debe, non obstante, se incide sobre as actuacións declaradas ilegais en sentenza, demostrar que a modificación non ten unha finalidade de converter o ilegal en legal, se non a de atender racionalmente ao interese público urbanístico.

Polo tanto, e segundo extraemos das sentenzas mencionadas o TS esixe que a parte que alega a imposibilidade cargue coa proba de que a modificación realizada no plan non ten unha finalidade ilícita de converter o ilegal en legal senón que a modificación operada atende en realidade a un interese público urbanístico. Este criterio vai ser o que o TC mantivo tamén en relación coa validación legislativa da presa de Itoiz.

Por último, convén facer referencia a unha tendencia xurisprudencial na que se acode ao principio de proporcionalidade para fundamentar a imposibilidade, así a STS do 25 de xuño de 1998 (RX 1998/4561) admite a causa de imposibilidade legal formulada no recurso de casación pero matizando que *“non é que a revisión do Plan Xeral impida a demolición decretada na sentenza, senón que ao ter variado a normativa aplicable, o edificio se converteu en legalizable, de forma que iría en contra das máis elementais normas da lóxica e do respecto á riqueza creada o levar a cabo a demolición dun edificio que podería ser reedificado a liña seguida.”* (Fdto. Xco. N°4). Segundo esta tese o fundamento da imposibilidade radica

37 Véxase STS do 30 de xaneiro de 2001, STS do 5 de abril de 2001 (caso do Fortín da Raíña), STS do 24 de febreiro de 2003, do 10 de decembro de 2003 (relativa á estación de servizo de Cances) STS do 10 de maio de 2007, entre outras.

38 STS do 10 de decembro de 2003 (RX 2004/107).

no feito de que unha vez adoptada a nova normativa proceder á execución sería absurdo e iría contra as regras da lóxica producindo unha destrución gratuíta da riqueza³⁹.

Fronte a esta última teoría o certo é que actualmente o TS se segue unha **tese restritiva** á hora de apreciar a concorrencia da imposibilidade de execución configurándoa segundo a súa verdadeira natureza de excepción e así a STS do 10 de marzo de 2008⁴⁰ desestima a imposibilidade legal de execución de sentenza, ao non admitir o pragmatismo de que é absurdo eliminar unha construción realizada con ausencia dalgún requisito cando xustamente unha vez destruída a construción pode novamente executarse por obterse tal requisito, pois -di a sentenza- este pragmatismo está sometido aos límites do obrigado respecto ás resolucións xudiciais e o dereito do litigante que obtivo unha sentenza favorable a que o resolto nela se cumpra, sendo nulas as actuacións posteriores á firmeza da sentenza que pretendían habilitar unha vía excepcional de dispensa en contra do fallado.

Polo tanto, podemos concluír que a doutrina maioritaria avoga por unha concepción restrinxida do uso da imposibilidade legal que é unha excepción ao principio xeral de execución de sentenzas nos seus propios termos e que se basea na legalización da obra declarada ilegal froito dun cambio normativo no plan urbanístico unha vez acreditado que este está suficiente motivado nunha razón de interese xeral e non a unha mera legalización traída -en palabras o propio TS- ao caso para legalizar puntualmente as obras e eludir con iso o pronunciamento xudicial.

Este é o criterio recollido tamén pola **LOUGA** que tras a reforma operada pola Lei 2/2010 prevé no **artigo 94.1** que “*calquera modificación do plan urbanístico deberá fundarse en razóns de interese público debidamente xustificadas*”, a nosa lei engloba baixo a denominación “*alteracións do plan*” dous supostos: o de revisión do plan xeral⁴¹ e o de modificación que se configura cun carácter residual para todos aqueles supostos que non se configuren como revisión. Ese apartado primeiro do artigo 94 LOUGA é aplicable a ambas as dúas clases de alteración, por iso, só resultarán admisibles se teñen causa en razóns de interese público e resultan motivadas sen que a nosa Lei, de conformidade coa doutrina xurisprudencial exposta, de cabida a modificacións *ad casum*.

A xurisprudencia tamén ten en conta para apreciar a imposibilidade legal o **momento en que se produciu esa modificación do plan**, especialmente analizaremos isto ao tratar a nulidade dos actos ou disposicións de actos contrarios ao pronunciamento da sentenza ditados coa finalidade de eludir o seu cumprimento, pero si que é importante apuntar aquí o cambio xurisprudencial operado por STC 22/2009 do 26 de xaneiro que resolve un recurso de amparo formulado fronte á suspensión da execución dunha sentenza que anulara unha licenza de construción e ordenado a demolición⁴². O TC entende que non concorre o supos-

39 GÓMEZ FERRER RINCÓN *op.cit.* páxs. 71 e seguintes.

40 STS de 10 de marzo de 2008 (RX 2008/1612).

41 A revisión segundo o apartado 2 do artigo 93 LOUGA vaise producir cando se adopten novos criterios respecto á estrutura xeral e orgánica do territorio ou á clasificación do solo, motivada pola adopción dun modelo territorial distinto ou pola aparición de circunstancias sobrevidas, de carácter demográfico ou económico, que incidan substancialmente sobre a ordenación ou polo esgotamento da súa capacidade.

42 Os antecedentes de feito a que se refire esta sentenza pódense resumir no seguinte: que se presenta un recurso contencioso -administrativo solicitando a ilegalidade da construción dunha vivenda e da licenza correspondente, pedindo a demolición, se estima o recurso e devén firme a sentenza. Solicítase a execución polo recorrente e o concello insta a inexecución parcial e subsidiariamente a suspensión de demolición das obras declaradas ilegais ata a aprobación da revisión do PXOU que estaba en tramitación e que podía dar lugar á legalización das obras construídas ilegalmente. Acórdase en sede contenciosa a suspensión parcial do cumprimento da sentenza por

to de imposibilidade legal porque *“...non se pode admitir que supoña un suposto de imposibilidade legal ou material a mera expectativa dun futuro cambio normativo,“(fundamento xurídico n.º 3).*

Polo tanto, podemos dicir que para poder apreciar a imposibilidade legal sobrevida por un cambio de plan a xurisprudencia esixe que haxa un acto administrativo de legalización, que o cambio de plan non se realizase precisamente coa finalidade de impedir a devandita execución senón por un motivo de interese xeral, e que a modificación do plan se realizase de xeito efectivo.

4.3.2.b) Cambio lexislativo cando a licenza era contraria á lei, validacións lexislativas (Presa de Itoiz)

A legalidade das obras tamén se pode deber á aprobación ou modificación dunha norma con rango de lei, un problema que se formula con estas validacións lexislativas é que poden interferir no principio de separación de poderes porque hai unha intromisión do poder lexislativo no poder xudicial.

O asunto quizais máis destacado de validación lexislativa ao que deu lugar a presa de Itoiz e á que se refire a Sentenza do TC 73/2000, do 14 de marzo. Os antecedentes de feito que agora nos interesa serían os seguintes:

- A Audiencia Nacional ditou sentenza pola que se anulou a resolución do Ministerio de Obras Públicas e Urbanismo pola que se aprobara o Proxecto da presa de Itoiz. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo por la que se había aprobado el Proyecto do embalse de Itoiz.
- Interpúxose recurso de casación contra a devandita sentenza que foi parcialmente estimatoria limitando a nulidade a unha soa parte posto que afectaba a 500 metros dunha zona de protección de Reservas Naturais, sobre a base da infracción da Lei Foral 6/1987 do 10 de abril, sobre normas urbanísticas rexionais para a protección e uso o solo non urbanizable. A razón da anulación era que a zona inundada polo vaso do encoro suporía a desaparición de parte das bandas de protección das Reservas Naturais afectadas.
- O certo é que con esas limitacións a presa resultaba inviable. Un mes antes de que se ditase a sentenza do TS modificase a Lei Foral 6/1987 a través da Lei 9/1996, do 17 de xuño, de Espazos Naturais Protexidos da Comunidade Foral de Navarra. Con esta Lei as Reservas Naturais xa non debían de contar necesariamente con bandas de protección e no caso de que as tivesen se podería realizar nelas actividades construtivas de interese xeral. En consecuencia legalizábase o proxecto da presa de Itoiz.

entender que, se ben non se produciu ningunha transformación da situación coa proposta de cambio normativo que formula o Concello, *“non se pode obviar no xuízo ponderado e equitativo que debe presidir toda solución, as graves consecuencias que para o titular das obras levaría consigo o cumprimento inmediato da executoria sen esperar durante un prazo prudencial que concilie os intereses enfrontados, a discernir, con todos os datos sobre a súa acomodación ás determinacións urbanísticas que se propoñen revisar para os efectos da súa posible legalización”.*

Interponse fronte a ese auto recurso de amparo co obxecto de determinar se se produciu unha vulneración do dereito á tutela xudicial efectiva ao ter acordado o órgano xudicial a suspensión parcial da execución da sentenza sobre a base dunha proposta normativa que podería afectar á legalización da construción.

- Formúlase a continuación ante a Audiencia Nacional a imposibilidade legal de execución da sentenza do TS do 14 de xullo de 1997 e ante esa situación a Audiencia formula cuestión de inconstitucionalidade sobre a Lei 9/1996.
- O TC desestima a cuestión na súa Sentenza 73/2000, do 14 de marzo, entendendo que a aparición dunha circunstancia sobrevida non é en si mesma lesiva do dereito á execución das Sentenzas firmes que consagra o art.º 24.1 CE. Agora ben, *tal imposibilidade de execución, para non infrinxir o art.º 24.1 CE, debe axustarse, tendo en conta a xurisprudencia do TC sobre o dereito fundamental a obter a execución de sentenzas firmes e a doutrina ao respecto do TEDH, a determinadas condicións ou límites: ha de concorrer unha finalidade lexítima ou obxectivo de interese xeral que xustifique a substitución da execución do fallo nos seus propios termos e a devandita substitución ha de cumprir o principio de proporcionalidade*, de sorte que se ha de asegurar a proporcionalidade entre o interese encarnada no novo réxime fixado pola lexislación sobrevida e o concreto interese tutelado polo fallo a executar. Entende o TC que isto se produce no caso concreto e desestima o recurso de amparo.
- Fronte a esta Sentenza do TC preséntase unha demanda ante o Tribunal Europeo de dereitos Humanos que é desestimada por Sentenza do 27 de abril de 2004. Na **normativa galega** encontrámonos con diversos exemplos de validacións lexislativas que se poderían alegar como causa de imposibilidade legal, como as disposicións transitorias décimo primeira, duodécima e décimo terceira da Lei 9/2002.

Estas previsións da LOUGA poden servir, en procesos xudiciais abertos, para xustificar a existencia de imposibilidade legal na execución da sentenza que se dite e, por outro lado, teñen un carácter preventivo de futuras accións que se puidesen exercitar nestes casos de edificacións e actividades que ata ese momento eran ilegais.

4.3.2.c) Breves conclusións

Conforme ao exposto nos dous últimos apartados podemos concluír que a execución de sentenzas vese afectada pola cláusula *rebus sic stantibus* e que, na medida que se produza un cambio normativo que modifique a situación inicial, a execución da sentenza, e con iso os dereitos e intereses das partes, van verse afectados por esa nova circunstancia xurdida a posteriori.

Non obstante, como analizamos a doutrina xurisprudencial é cada vez máis estrita á hora de apreciar a imposibilidade esixindo que a modificación se producise por unha razón atendible de interese xeral e que non se aprecie unha finalidade de eludir o cumprimento da sentenza.

4.3.3 Existencia de terceiros adquirentes de boa fe do artigo 34 da Lei Hipotecaria

A inactividade da Administración condenada pode dar lugar á aparición de danos que sufrirán terceiros alleos á contenda xudicial, como aconteceu en numerosas ocasións cos terceiros adquirentes de vivendas condenadas á demolición uns anos antes da formalización das transmisións dos inmoables. Nesta materia o certo é que houbo tamén discrepancia

na doutrina xurisdicional, así fronte a determinados xudiciais (STS do 28 de xuño de 2006⁴³) que admitiron a existencia de terceiros de boa fe como unha causa de imposibilidade legal de execución, a doutrina maioritaria rexeita este argumento.

Hai que partir do Auto TS do 25 de marzo de 1987 (RX 1987/3808) no que se abordaba a execución da demolición dun edificio de Collado-Villalba, o TS pon de manifesto que os terceiros adquirentes poden exercer a acción fronte ao transmitente para que os indemnice por danos e prexuízos e esta é a idea que vai fundamentar o razoamento do Tribunal en posteriores pronunciamentos para soste que a existencia de terceiros adquirentes de boa fe non é causa para determinar a imposibilidade de execución.

Así, no ATS do 23 de Xullo de 1999 (RX 1999/5895) o TS refírese ao artigo da Lei de Solo de 1976 afirmando que o terceiro adquirente ten o deber de coñecer a situación urbanística da edificación que adquire, indicando que *“concibir as cousas doutro xeito comportaría que os procesos urbanísticos estivesen en permanente revisión como consecuencia da mobilidade das titularidades das edificacións que constitúen o obxecto procesual do litixio”* (Fdto. Xco. Nº 4). Esta obriga de coñecer a situación urbanística da edificación vese reforzada polo disposto no **artigo 51 TRLS** que prevé que *“serán inscribibles no Rexistro da Propiedade: 6. A interposición do recurso contencioso-administrativo que pretenda a anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de execución, ou de actos administrativos de intervención. 7. As sentenzas firmes nas que se declare a anulación a que se refire o apartado anterior, cando se concreten a terreos determinados e participase o seu titular no procedemento. “A pesar do avance que supón, nesta materia de protección aos terceiros, a posible inscrición dos recursos e as sentenzas, o certo é que existen dificultades prácticas derivadas da necesidade de que a sentenza que declara a anulación dun plan urbanístico sexa firme. Isto vai levar consigo un longo período de tempo no que pode haber sucesivas transmisións da propiedade e no que non haxa constancia rexistral da nulidade do instrumento urbanístico, e, por outra parte, é necesario que o titular participase no procedemento co que a aplicabilidade práctica deste precepto se ve limitada.*

Ímonos aquí a referir tamén ao suposto, xa comentado, no que o TSX de Galicia condena a executar un acordo do propio concello de Moaña que ordenaba a demolición de tres plantas dun edificio, formulándose tamén ademais do cambio de plan se era unha causa de imposibilidade de execución a existencia de terceiros adquirentes de boa fe. Entendeu tamén aquí o Tribunal Supremo que non concurría esta causa de imposibilidade pois *«...la fe pública rexistral e o acceso das súas titularidades dominicais ao Rexistro da Propiedade non emenda o incumprimento do ordenamento urbanístico, xa que os sucesivos adquirentes do inmovible se subrogan nos deberes urbanísticos do construtor ou do propietario inicial de maneira que calquera proba tendente a demostrar a condición de terceiros adquirentes de boa fe co seu dereito inscrito no Rexistro da Propiedade carece de relevancia no incidente tramitado. “(Fundamento Xurídico 2 ° STS do 26 de setembro de 2006).*

Por último, cabe destacar a STS do 18 de marzo de 2008 (RX 2008/1756) que recordando doutrina anterior do tribunal, considera que *“...a posterior inscrición rexistral, alteradora da situación existente no momento da decisión administrativa, e a protección de tal situación*

43 SSTS do 28 de xuño de 2006 (RX 2006/8477).

derivada do artigo 34 da Lei Hipotecaria, non pode ser un obstáculo xurídico para a execución dunha sentenza firme” (Fdto. Xco. Nº8).

Como vimos, o TS na súa doutrina maioritaria nega que a existencia de terceiros adquirentes se poida entender como un suposto de imposibilidade de execución da sentenza que se dite, debendo procederse á demolición das construcións e entendendo que os terceiros só terían dereito á indemnización que deberán facer efectiva fronte ao transmitente dos bens.

4.3.4 Existencia de obras públicas e bens de uso ou servizo público

Por último, dentro da imposibilidade, preguntámonos se a existencia dunha obra pública ou de bens de uso ou servizo público (pensemos en supostos de construción dunha autovía, un centro penitenciario ou un polideportivo) pode considerarse causa abonda para inexecutar unha sentenza que ordene a súa demolición.

O TS debateuse entre considerar que nos encontramos ante supostos de imposibilidade de execución e entender que, máis que unha imposibilidade, estes casos levarían consigo unha modificación das consecuencias da nulidade (SSTS do 11 de novembro 1993- RX 1993/8202-ou do 27 de novembro 1999 -RX 2000/1378-). As consecuencias prácticas van ser as mesmas: non se vai demoler a construción e en lugar de repoñer a situación ao seu estado primitivo vaise acordar unha indemnización de danos e prexuízos.

Así e todo, hai que subliñar un posible cambio de tendencia na STS do 22 de decembro de 2008⁴⁴ relativa á demolición dun polideportivo e dunha praza pública, segundo a cal, esta demolición “non pode constituir en absoluto un suposto de imposibilidade de execución dunha sentenza, nin material (pois, obviamente, a demolición como operación técnica é sen dúbida posible, do mesmo xeito que o é a demolición de parte dun hotel) nin legal (pois o carácter duns bens municipais como bens de uso ou servizo público ou xeral non impide a súa demolición cando, como aquí, se erixiron ilegalmente e así o declarou unha sentenza firme; en absoluto pode aceptarse que os bens municipais de propios, comunais ou de dominio público, sexan inmunes ás decisións xudiciais; se a orixe deses bens é ilegal, imponse a súa desaparición) “afirmando que outra cousa “significaría abrir unha brecha de incalculables consecuencias no sistema de execución das sentenzas, que carecería de calquera apoio legal,”. Unha sentenza que entendemos máis respectuosa co dereito fundamental á execución dos fallos xudiciais.

4.4 Outros supostos

Para rematar coas causas de inexecución das sentenzas, temos que falar da **expropiación de dereitos**, que aparece regulada nos artigos 18.2 LOPX e 105.3 LXCA, a expropiación de dereitos recoñecidos na sentenza pódese deber basicamente a tres causas: alteración grave do libre exercicio de dereitos e liberdades dos cidadáns, temor fundado de guerra ou quebranto da integridade do territorio nacional.

44 STS do 22 decembro de 2008 (RX 2009/365).

Só hai un motivo que tivo reflexo xurisprudencial, a o que referiu un Auto do TS⁴⁵ relativo á execución dunha sentenza que anulaba un expediente expropiatorio duns terreos nos que había un manancial necesario para o abastecemento de auga dunha poboación, nel cítase o artigo 18.2 LOPX aínda que finalmente non se configurou polo Tribunal como un caso de expropiación de dereitos, senón como un suposto de imposibilidade.

Supostos semellantes ao citado, nos que a execución dunha sentenza pode determinar a falta de continuidade dun servizo público, son os que a doutrina entende que poderían incluír nestes casos o 105.3 LXCA. Como analizamos no apartado anterior, entrarían en íntima conexión cos supostos de construción de obras públicas e nos que como vimos o TS cualifica, en ocasións, como casos de imposibilidade.

4.5 Aspectos procesuais

Como xa analizamos ao falar da execución forzosa, o procedemento para tratar todas estas causas de inexecución vai ser a cuestión incidental do artigo 109 LXCA.

Polo que respecta á imposibilidade material ou legal, o artigo 105.2 prevé que *“se concorresen causas de imposibilidade material ou legal de executar unha sentenza, o órgano obrigado ao seu cumprimento o manifestará á autoridade xudicial a través do representante procesual da Administración, dentro do prazo previsto no apartado segundo do artigo anterior, co fin de que, con audiencia das partes e dos que considere interesados, o Xuíz ou Tribunal aprecie a concorrencia ou non das devanditas causas e adopte as medidas necesarias que aseguren a maior efectividade da executoria, fixando no seu caso a indemnización que proceda pola parte en que non poida ser obxecto de cumprimento pleno”*.

En canto á **lexitimación** para alegar a imposibilidade, en principio e sobre a base do art.º 105.2 LXCA, a lexitimación corresponde ao órgano administrativo que ha de cumprir a sentenza, os problemas fórmulanse cando a administración permanece inactiva e non formula a inexecución da sentenza se hai causa para iso, ou ben se procede a executar a sentenza e hai partes no proceso que consideran que cabe acudir á imposibilidade. Sobre a base do mencionado precepto deberíamos negar a lexitimación e así o fixo o TS nalgunhas ocasións⁴⁶.

Non obstante, noutros pronunciamentos, o TS indicou que os interesados, se ben non podían interpoñer directamente o incidente de inexecución, podían iniciar un expediente administrativo solicitando a declaración de imposibilidade e, mesmo indo máis alá, admitiu, noutras ocasións, que todas as partes comparecidas poidan iniciar este incidente sobre a base do principio de tutela xudicial efectiva do art.º 24.1 CE⁴⁷.

Como sostivo un sector doutrinal esta interpretación ten difícil acollida coa literalidade do artigo 105.2 LXCA, pero si sería conveniente, para solucionar os problemas que se formulan

45 ATS do 19 de xaneiro de 1994 (RX 1994/50).

46 STS do 8 de outubro de 1999 (RX 1999/7206), en base ao artigo 107 da anterior Lei de Xurisdición de 1956, que se pronunciaba en semellantes termos ao actual artigo 105.2 LXCA, no que se denegou a lexitimación aos titulares dun chalé cuxa licenza fora anulada para alegar a imposibilidade de execución sobre a base da presentación dun proxecto de legalización do ático da vivenda ou STS do 10 de decembro de 2003 (RX 2004/317).

47 ATS do 10 de xuño de 1997 (RX 1997/5438).

nestes supostos, como reflexión de *lege ferenda*, que se introduciuse a posibilidade de que os interesados puidesen solicitar a inexecución por imposibilidade ante a administración e ante a resolución do expediente administrativo acudir á vía xudicial solicitando esa medida⁴⁸.

Pois ben, recentemente o TS acolleu esta concepción e en Sentenza do 9 de abril de 2008 (RX 2008/2035) puxo de manifesto que: *“En canto á lexitimación para formular ante o tribunal ao que compete facer executar a sentenza a imposibilidade material ou legal de facelo(...), é o órgano administrativo encargado do seu cumprimento quen o debe pedir, se ben os afectados pola sentenza están facultados para reclamar dese órgano obrigado ao cumprimento que suscite tal cuestión ante o xuíz ou tribunal competente para executala, de modo que, se non o fixese ou se lle negase, cabe que os interesados ou afectados se dirixan a estes solicitando que se pronuncien acerca da imposibilidade material ou legal de executar a sentenza.*

No relativo á **canle procesual** a seguir, o artigo 105.2 dispón que logo de audiencia das partes e dos que considere interesados, o Xuíz ou Tribunal apreciará a concorrencia ou non das devanditas causas e adopte as medidas necesarias que aseguren a maior efectividade da executoria, fixando, se é o caso, a indemnización que proceda pola parte en que non poida ser obxecto de cumprimento pleno. En principio, o procedemento considérase como único, pero o TS manifestou que non hai inconveniente en que simplemente se fixen aquí as bases para a determinación da contía da indemnización e sexa na execución da resolución na que se realice a definitiva concreción desta. Na práctica, en moitos supostos, encontrámonos con dúas fases diferenciadas, unha para determinar se existe ou non a causa de imposibilidade e outra, abrindo unha peza separada, para fixar a indemnización que corresponda. Sería conveniente, para axilizar esta cuestión e non demorar máis o proceso que a estas alturas se terá volto eterno para as partes, resolver nun só trámite ambas as dúas cuestións en consonancia co que xa recolle a LAC no seu artigo 393 respecto ás cuestións incidentais.

Por último, referirémonos ao **prazo de 2 meses** ao que se refire o artigo 105.3 LXCA para poñer en coñecemento do Tribunal a imposibilidade de cumprir a sentenza. Malia a literalidade do precepto, o certo é que o TS inicialmente matizou e flexibilizou este prazo, así no seu Auto do 28 de 1990 (RX 1990/2264) estableceu que o cómputo entenderase dende que xurda a causa de imposibilidade material ou legal. Indicando tamén que o prazo de dous meses se non pode cualificar como de caducidade en termos absolutos e se verdadeiramente concorre unha causa de imposibilidade ha de formularse e resolverse o incidente. (ATS do 6 de abril de 1992 (RX 1992/2623)).

Non obstante, en pronunciamentos máis recentes, STS do 9 de abril de 2008 (RX 2008/2035) ou STS do 17 de novembro de 2008 (2008/5964) entende que **non se pode flexibilizar en exceso o termo que establece o art.º 105.2 LXCA** considerando que *“se non se fixase un prazo legal para promover o incidente de inexecución dunha sentenza por imposibilidade legal ou material, cabería a posibilidade de que, en calquera momento ulterior, se tome un acordo ou se promulgue unha disposición que traten de facer imposible a execución da sentenza, de modo que, en virtude do principio de seguridade xurídica no cumprimento das sentenzas, a lei determinou o prazo de dous meses, que, como se indica na sentenza desta*

48 ALBAR GARCÍA e outros, op. cit pág. 160-161.

Sala de data 22 de decembro de 2003, se interpretou pola xurisprudencia de forma estrita e que, aínda admitindo precisións ou matizacións nalgúns pronunciamentos, se ha de respectar sempre para salvagarda do aludido principio que garante a execución das sentenzas nos seus propios termos... ”.

5 Nulidade de actos e disposicións contrarios ao pronunciamento da sentenza ditados coa finalidade de eludir o seu cumprimento. Procedemento

Como xa avanzamos ao falar da execución fraudulenta un dos principais problemas na execución de procesos urbanísticos é o deslindar cando estamos ante verdadeiros supostos de imposibilidade e cando ante casos de execución fraudulenta nos que se ditan actos e disposicións que han de ser anulados porque a súa única finalidade é eludir o cumprimento dos pronunciamentos xudiciais.

O artigo 103 nos seus números 4 e 5 dispón que: *“4. Serán nulos de pleno dereito os actos e disposicións contrarios aos pronunciamentos das sentenzas, que se diten coa finalidade de eludir o seu cumprimento. 5. O órgano xurisdiccional a quen corresponda a execución da sentenza declarará, a instancia de parte, a nulidade dos actos e disposicións a que se refire o apartado anterior, polos trámites previstos nos apartados 2 e 3 do artigo 109, salvo que carecese” de competencia para iso “ conforme ao disposto nesta Lei”.*

No ámbito urbanístico, estaríamos en presenza dun suposto cualificable como de *“desviación de poder”*⁴⁹ que se concreta nun plan aprobado posteriormente ou unha licenza posterior ditada coa finalidade de eludir o cumprimento dunha sentenza, que, precisamente, tería acordado a nulidade do anterior plan ou da previa licenza.

Ámbito de aplicación: actos administrativos (especialmente licenzas urbanísticas e instrumentos de xestión urbanística) e disposicións regulamentarias (plans urbanísticos), quedarían fóra os casos de validacións legislativas, cuxa ilegalidade deberá determinarse ante o TC a través do recurso ou da cuestión de inconstitucionalidade.

Requisitos para acordar la nulidade:

- **Requisito obxectivo:** é necesario que o acto ou a disposición sexa contrario ao pronunciamento da sentenza. Formulouse aquí se esta referencia ha de circunscribirse ao pronunciamento do fallo ou debe de estenderse tamén aos fundamentos xurídicos da sentenza. A doutrina⁵⁰ é partidaria de entender unha concepción ampla incluíndo a parte dispositiva e os fundamentos xurídicos. Na práctica a cuestión é pouco relevante

49 Neste sentido STS do 21 de xuño 2005 (RX 2005/8968) «o artigo 103 da Lei da Xurisdición, nos seus apartados 4 e 5, permite que no procedemento de execución, resolvendo un mero incidente nel formulado, se declare a nulidade de actos ou disposicións administrativas distintas, claro é, das que xa foron axuizadas na sentenza en execución. Pero para iso esixe, non só que o acto ou disposición sexa contrario aos pronunciamentos da devandita sentenza, senón, ademais, que se ditase coa finalidade de eludir o seu cumprimento. *O precepto contempla, pois, un singular suposto de desviación de poder, no que o fin perseguido polo acto ou disposición non é aquel para o que se outorgou a potestade de ditalo, senón o de eludir o cumprimento da sentenza».*

50 GEIS I CARRERAS op.cit. páx. 154 e MARTÍN DELGADO *Función xurisdiccional e execución de sentenzas no contencioso -administrativo* páxs. 146-148.

porque resulta difícil pensar en supostos que non sexan contrarios ao fallo e si aos fundamentos xurídicos.

- **Requisito subxectivo:** finalidade de eludir o cumprimento dos pronunciamentos da sentenza.

Dende o punto de vista xurisprudencial hai que distinguir 2 supostos:

- modificacións do réxime xurídico urbanístico producidas antes ou paralelamente ao proceso xudicial: neste caso a xurisprudencia é máis remisa a acordar a nulidade. Así podemos citar a STS do 28 de marzo de 2006 (RX 2006/3138) na que se parte dunha Orde da consellaría de Medio, Urbanismo e Turismo da Xunta de Extremadura que aprobaba definitivamente a revisión dun PXOU e respecto á cal o TSX acorda a nulidade apreciando a finalidade elusiva, na medida que a revisión ía dirixida a legalizar un edificio construído contravindo as previsións do plan urbanístico vixente, pois ben o TS en sentenza do 28 de marzo de 2006 determinou que non eran nulas baseándose en tres argumentos (fundamento xurídico 6º):
 - o órgano que ditou o acto foi un distinto ao que fixo a modificación,
 - a tramitación da revisión do PXOU iniciárase con anterioridade á data de concesión da licenza logo anulada,
 - e, por último, fai unha mención especial ao elemento temporal posto que a sentenza foi ditada máis de dous meses despois á data da mencionada orde da consellaría.
- modificacións realizadas unha vez recaída a sentenza: hai algúns supostos en que o TS apreciou a vontade elusiva sobre a base do feito de que se instaurase a modificación con posterioridade ao fallo e non estea suficientemente motivada esa modificación ou revisión do plan⁵¹. Con todo, tamén nos encontramos con sentenzas en sentido contrario, nas que se conclúe que o elemento temporal non pode ser un factor determinante para poder apreciar a concorrencia do ánimo elusivo nunha revisión do plan urbanístico aprobada a posteriori da sentenza anulatoria dunha licenza (así, STS do 10 de xullo de 2008 -RX 2008/5733- en relación a unha licenza de obras dunha estación de servizo).

GEIS I CARRERAS⁵², tras realizar unha importante análise xurisprudencial na materia, pretende obxectivizar o elemento subxectivo sobre a base do momento temporal no que se realiza a modificación do plan ou se dita esa nova licenza legalizadora; nós, non obstante, entendemos que **se ben o elemento temporal pode ser un indicio desa finalidade elusiva, para ver se estamos ante un verdadeiro suposto de imposibilidade ou ante unha técnica defraudatoria o determinante vai ser se ese acto ou disposición posterior que vén a legalizar o acto declarado nulo pola sentenza responde a unha**

51 Neste sentido STS do 1 de marzo de 2005 (RX 2005/2367) referente á nulidade dunha licenza de obras e de actividade a favor da Confederación Hidrográfica de Aranda do Douro por incumprimento da distancia mínima a núcleo de poboación. Outórgase a continuación unha nova licenza que vai xustificar a estación depuradora. Pois ben, no fundamento xurídico 4º estableceuse que *todas estas actuacións son posteriores á firmeza da sentenza e o que con elas se pretendía era precisamente habilitar unha vía excepcional de dispensa que xa non ten cabida, precisamente por ser contraria ao decidido na sentenza.*

52 GEIS I CARRERAS op. cit. páx. 153-174.

causa de interese xeral ou é unha mera legalización traída ao caso concreto, tal e como expuxemos ao falar da imposibilidade legal. O fundamental é que o acto ou disposición posterior estea suficientemente motivado e non constitúa unha mera dispensa particular prohibida polo ordenamento xurídico.

No que se refire ao *PROCEDIMIENTO* para declarar a nulidade do acto ou disposición, será a vía incidental do artigo 109 LXCA. Imos mencionar algunhas peculiaridades en materia de lexitimación e competencia.

Lexitimación: requírese que a actuación do expresado órgano se produza “*instancia de parte*”. En canto á lexitimación das persoas afectadas: o artigo 103.5 refírese, exclusivamente, á parte para solicitar a nulidade dos actos ditados con posterioridade á sentenza que sexan contrarios aos pronunciamentos desta. Isto impediría que tal solicitude puidese ser formulada polos meramente afectados a que se refire o artigo o 109.1 LXCA, malia el, a STS do 1 de marzo de 2006 (RX 2006/2070) permite tamén interpoñer ás persoas afectadas este incidente de nulidade. Por outra parte, á luz da sentenza do 22 de abril de 2010⁵³ tamén cabería aquí unha aplicación da acción pública urbanística co obxecto de dar unha maior protección á legalidade.

Polo que respecta á **competencia**, o artigo 103.5 LXCA prevé que “*órgano xurisdiccional a quen corresponda a execución da sentenza declarará, a instancia de parte, a nulidade dos actos e disposicións a que se refire o apartado anterior, polos trámites previstos nos apartados 2 e 3 artigo 109, salvo que carecese de competencia para iso conforme ao disposto nesta Lei*”.

Na práctica isto vai supoñer que os Xulgados do contencioso -administrativo non terán competencia para anular un plan urbanístico porque os competentes son os TSX. A consecuencia é que vai ser necesario un novo recurso contencioso -administrativo ante o TSX para proceder a declarar a nulidade da disposición defraudatoria. Esta limitación vai levar consigo que nos supostos de modificacións de plans que veñen a legalizar de forma fraudulenta licenzas anuladas en vía xudicial, sexa necesario abrir un novo recurso para declarar a súa nulidade cos conseguintes custos económicos e a dilación temporal que vai supoñer para os interesados.

6 Facultades procesuais de que dispoñen os xuíces e tribunais para levar a efecto as sentenzas

Podemos clasificalas en:

Declarativas, aquí incluíriamos:

- A anulación de disposicións ou de actos administrativos contrarios ao fallo (artigo 103.4 e 5) a que xa nos referimos.
- A responsabilidade patrimonial da Administración (artigo 108.2 LXCA) e que se poderá esixir sen prexuízo das multas coercitivas que se impoñan (art. 112.a. LXCA). Esta

⁵³ *Vid supra* páxina 16 do presente traballo.

responsabilidade regularase polo disposto no título X da L.30/92 e polo establecido no Regulamento 429/1993 polo que regula os procedementos das Administracións Públicas en materia de responsabilidade patrimonial.

Dispositivas: encontrámonos con distintas posibilidades de execución por substitución a que se refiriere o artigo 108.1 LXCA. Serán de aplicación cando a sentenza condene á Administración a realizar unha determinada actividade ou a ditar un acto e este mandato sexa incumplido:

- **Execución directa polo xuíz ou tribunal:** trátase de executar a sentenza a través dos seus propios medios, como di o artigo 108.1 a) LXCA. O que supón que o Xuíz ou Tribunal proceda á execución da sentenza cos propios elementos persoais situados no ámbito do Poder Xudicial e sen a colaboración persoal das autoridades, funcionarios ou axentes da propia Administración. Esta posibilidade existirá cando se poida substituír o fallo ditando un auto consistente por exemplo na denegación ou concesión dunha licenza urbanística.
- **Execución substitutoria directa a través dun comisario:** O artigo 108.1 a) LXCA prevé a posibilidade de requirir a colaboración das autoridades e axentes da Administración condenada ou, no seu defecto, doutras Administracións públicas, con observancia dos procedementos establecidos para o efecto. Sería o suposto do “*comisario xudicial*”, que actuaría coa concreta habilitación xurisdiccional e sen necesidade de decisión ou acordo algún dos órganos de goberno municipais ou autonómicos. Parece coherente acudir, neste suposto, primeiro á administración condenada (normalmente os concellos, en casos urbanísticos) e despois a unha terceira administración (como pode ser a administración autonómica). É unha posibilidade da que se utilizou moi pouco e que ofrecería solucións interesantes na práctica.
- **Execución subsidiaria:** a ela refírese o artigo 108.1 b) ao considerar a posibilidade de que o Xuíz ou Tribunal proceda a adoptar as medidas necesarias para que o fallo adquiera a eficacia que, no seu caso, sería inherente ao acto omitido. Menciónase, a continuación, de forma expresa a indicada execución subsidiaria con cargo á Administración condenada. Na práctica isto suporía instar, por exemplo, unha empresa construtora a realizar a demolición con cargo á administración condenada, o cal requirirá que se trate de condenas de facer materiais.

Non obstante, o poder de substitución na execución de sentenzas urbanísticas ten uns límites, por unha parte, restrínxese a condenas de facer tal como di o precepto “*realizar unha determinada actividade ou a ditar un acto*” e, por outra, fórmulanse problemas especialmente cando entramos no terreo das **potestades discrecionais** (como sería a potestade planificadora⁵⁴ e a xestión urbanística). Neste último ámbito a xurisprudencia nega que o xuíz executante poida substituír a decisión administrativa cando deba ser resultado dunha potestade discrecional salvo que, na propia sentenza se eliminasen os elementos de discrecionalidade da actuación administrativa, así a sentenza do TSX de Galicia (TSXG) do 11 de maio de 2004, sobre o PXOM-9 da Coruña afirmou que:“(…) *Noutro sentido, é preciso subliñar o carácter amplamente*

54 STS do 14 de febreiro 2007 (RX 2007/1803) “É doutrina absolutamente consolidada desta Sala que o exercicio do “*ius variandi*” que compete á Administración urbanística na ordenación do solo, é materia na que actúa discrecionalmente -que non arbitrariamente”.

discrecional do plan, con independencia de que existan aspectos rigorosamente regulados. É certo que o “xenio expansivo do Estado de Dereito” foi iluminando técnicas que permiten un control xurisdiccional dos contidos discretos do plan, pero aínda así resulta claro que hai un núcleo último de oportunidade, alí onde son posibles varias solucións igualmente xustas, no que non cabe substituír a decisión administrativa por unha decisión xudicial”.

En relación tamén coas facultades discretas da Administración, hai que ter en conta o límite do **artigo 71.2 LXCA** segundo o cal os órganos xurisdiccionais non poderán determinar a forma en que han de quedar redactados os preceptos dunha disposición xeral en substitución dos que anulen nin poderán determinar o contido discrecional dos actos anulados. Por iso, anulado un plan urbanístico o Xuíz poderá acordar a demolición por substitución executoria pero o que non poderá facer será ditar un novo Plan en substitución do anulado, o único que caberá aquí será utilizar as facultades do artigo 112 LXCA que agora analizaremos.

- **Medidas de carácter conminatorio do artigo 112 LXCA**, este precepto prevé que transcorridos os prazos sinalados para o total cumprimento do fallo, o Xuíz ou Tribunal adoptará, previa audiencia das partes, as medidas necesarias para lograr a efectividade do mandado. Non se trata dun *numerus clausus*, senón que se deixa aberta ao Xuíz ou tribunal a posibilidade de adoptar as medidas que estime necesarias, especialmente podemos pensar aquí na adopción de medidas coercitivas que estimulen o cumprimento como serían os requerimentos.

Non obstante, o precepto especifica que, acreditada a súa responsabilidade, e logo de apercibimento do Secretario xudicial notificado persoalmente para formulación de alegacións, o Xuíz ou a Sala **poderán**:

- Impoñer **multas coercitivas** de cento cincuenta a mil cincocentos euros ás autoridades, funcionarios ou axentes que incumpran os requirimentos do Xulgado ou da Sala, así como reiterar estas multas ata a completa execución do fallo xudicial, sen prexuízo doutras responsabilidades patrimoniais a que houber lugar.

Para a aplicación destas multas, o lexislador remítese ao novo réxime previsto no artigo 48 da mesma LXCA referente ás multas por falta de remisión do expediente, neste último precepto faise responsable do non pagamento da multa á propia Administración -sen prexuízo da posterior repercusión sobre o responsable- no suposto de imposibilidade de determinación individualizada da autoridade ou empregado responsable (apartado 7.2 º), e no que o sancionado conta co recurso de súplica nos termos previstos no artigo 79. A efectividade da multa alcanzarase pola vía xudicial de prema, en caso de non se abonar voluntariamente.

- **Deducir o oportuno testemuño de particulares para esixir a responsabilidade penal** que puidese corresponder -por delito de desobediencia do artigo 410 Código Penal (CP)-(artigo 112 b) LXCA). Formulouse pola doutrina se o carácter facultativo co que se expresa o artigo 112 fai que esta medida sexa só unha posibilidade ou se, pola contra, é unha manifestación do deber xeral de denuncia dos ilícitos penais, que se vería reforzado por obriga de executar a sentenza que ten o propio tribunal. Neste sentido a STC 298/1994 do 14 de novembro avoga por considerar unha obriga do

tribunal adoptar as medidas previstas na LXCA para vencer a resistencia da Administración executada.

Así mesmo, á vista da redacción do artigo 112 LXCA, non parece aplicable a necesidade de imposición de tres multas coercitivas a que fai referencia o artigo 48.10 LXCA antes de poñer os feitos en coñecemento do Ministerio Fiscal.

7 Conclusións

O TC reiteradamente afirmou que o dereito de tutela xudicial efectiva comprende o dereito a obter a súa execución. A execución de sentenzas é a última fase procesual pero é a que vai materializar a efectividade da protección xurisdiccional e que vai garantir a tutela xudicial do artigo 24.1 da CE. O artigo 103.1 LXCA atribúe esta competencia de facer executar as sentenzas ao xuíz ou tribunal que coñeceu do asunto en primeira instancia, apartándose da atribución ás Administracións Públicas desa potestade.

En materia urbanística, a práctica indícanos que son moitas as sentenzas que rematan inexecutadas. A regra xeral é que toda sentenza debe ser cumprida nos seus propios termos, se ben este principio vese excepcionado en dous supostos que recollen os artigos 105 LXCA e 18.2 LOPX: a imposibilidade material ou legal de executar unha sentenza e a expropiación de dereitos e intereses lexítimos recoñecidos fronte á administración pública nunha sentenza firme.

En relación coa ***imposibilidade material*** a xurisprudencia é moi restritiva na súa aplicación, posto que na actualidade o estado da técnica permite facer fronte a moitos supostos que antes se configuraron como tales, xa que a técnica permite agora derrubamentos parciais de vivendas e construcións. A concorrencia desta causa deberá ser apreciada polo xuíz ou tribunal atendendo aos informes técnicos e periciais que se emiten.

O tema da ***imposibilidade legal*** é unha cuestión complexa que dá lugar a moitos supostos na práctica xurisdiccional urbanística como consecuencia de modificacións do réxime xurídico aplicable á execución da sentenza. Así, a Administración poderá, sobre a base do exercicio do ius variandi, realizar unha modificación ou revisión do plan ou ditar unha nova licenza que ampare a construción ilegal, e isto suporá que a execución da sentenza ditada (que en moitos casos consistirá na demolición do construído) sexa contraria á nova regulación.

Fronte a unha doutrina minoritaria que entendía aplicable a esta materia o principio de proporcionalidade ao entender que a execución nestes casos *“iría en contra das máis elementais normas da lóxica e do respecto á riqueza creada o levar a cabo a demolición dun edificio que podería ser reedificado a liña seguida”*, a doutrina xurisprudencial maioritaria recente avoga por unha concepción restrinxida da imposibilidade legal.

Así, non toda modificación posterior vai supoñer unha legalización ex post facto, senón que vai ser necesario que responda a unha necesidade de interese xeral, de modo que non fose ditada coa mera finalidade de eludir a execución da sentenza. O máis importante é que o cambio normativo ou a posterior licenza legalizadora estean suficiente motivados e non constitúan unha mera dispensa particular prohibida polo ordenamento xurídico (art.º 52.2 L. 30/92 e art.º 101.2 LOUGA que recolle o principio de inderogabilidade singular).

A liña entre esta causa de imposibilidade legal e a execución fraudulenta é moi fina e doadamente conculcable, por iso, será a Administración a que ten que xustificar a oportunidade da modificación para afastar as sospeitas dun uso defraudatorio das súas potestades urbanísticas. Prodúcese, así, un investimento da carga da proba: o acto xa non quedaría amparado pola lexitimidade que o ordenamento lle outorga senón que a Administración terá que acreditar que non se ditou coa finalidade elusiva.

Seguindo coa tendencia restritiva, a partir do 2006 encontrámonos tamén cunha serie de sentenzas que esixen, para apreciar esta causa de inexecución, non só o mero cambio da clasificación urbanística, senón a necesidade de que dite se unha nova resolución administrativa que xustifique a plena licitude e ampare a actividade e as obras que debían ser obxecto de demolición.

Dende o punto de vista práctico, a consecuencia de apreciar esta imposibilidade é a transformación do fallo, ordinariamente, nunha indemnización de danos e prexuízos. Isto vai xerar unha grande insatisfacción entre os recorrentes que tras un longo e custoso proceso van obter no ámbito urbanístico unha sentenza meramente declarativa e non van ver satisfeita a pretensión exercitada de demolición do construído ou peche do establecemento que os perturba. Isto vai supoñer unha consolidación das edificacións ou a perpetración dos usos co mero transcurso do tempo, posto que a longa duración dos procesos contenciosos favorece estes cambios normativos: dificilmente non haberá en quince anos unha modificación do plan.

O anterior, unido a que o normal é que ante a execución dunha sentenza a Administración busque calquera solución -incluída a modificación do plan -antes de se enfrontar ao pagamento das posibles indemnizacións millonarias que tería que aboar en supostos de demolicións de edificios que contaban por exemplo cunha licenza ilegal, fai que no ámbito urbanístico proliferasen este tipo de “solucións” ante unha sentenza condenatoria.

A iso tamén habería que engadir as consecuencias políticas que se poden derivar do cumprimento das sentenzas, posto que unha demolición pode supoñer un importante lastre político de cara a futuras eleccións, por iso, en moitos casos farase todo o que se poida para evitar a execución.

Aínda que, podemos concluír que a xurisprudencia se mostra cada vez máis remisa a apreciar as causas de imposibilidade intentando facer prevalecer o dereito fundamental á execución das sentenzas como parte inescindible e indispensable do dereito á tutela xudicial efectiva.

Para diferenciar un suposto fraudulento dun verdadeiro caso de imposibilidade legal tense en conta o ***momento temporal*** en que se produciu a modificación do réxime xurídico, sendo, en boa lóxica, máis sospeitosos os casos en que a modificación é posterior ao pronunciamiento xudicial. Pero isto é só un indicio máis na determinación do fin defraudatorio: nin pode significar per se que as modificacións anteriores a ese momento sexan lexitimas, nin que as posteriores van ser fraudulentas en todos os casos. O importante é determinar se esa modificación se motivou no interese xeral ou se se trata dunha mera legalización traída ao caso concreto.

Con este estudo intentamos achegarnos aos principais problemas que se formulan na práctica urbanística en sede xudicial, centrándonos especialmente no problema de inexecución de sentenzas urbanísticas, pola relevancia práctica que ten, e facendo unha análise das principais correntes xurisprudenciais na materia co obxecto de analizar como está a ser tratado este tema ante os tribunais. Do exposto podemos soste unha certa tendencia a interpretar restritivamente as causas de inexecución e avogar por unha práctica xudicial cada vez máis respectuosa co dereito á execución das sentenzas como parte integrante do dereito fundamental do artigo 24.1 CE. Ademais, o dereito á execución de sentenza se non pode concibir unicamente como un dereito do particular senón que é tamén un interese público o que está implicado niso, como fundamento do Estado do Dereito, que demanda que se cumpran as sentenzas dos Tribunais e que se cumpran nos seus propios termos.

8 Bibliografía

- ALBAR GARCÍA, Javier; OLIVAN DEL CACHO, Javier; ZAPATA HÍJAR, Juan Carlos Execución de sentenzas, procedementos e garantías Vol. I.-. Bolsa de Investigación Consello Xeral do Poder Xudicial/Fundación Wellinton. Madrid, 2006.
- BOCOS REDONDO, Pedro. «Acerca da imposibilidade de executar sentenzas por cambios sobrevidos de plan». *Revista de Práctica Urbanística*. Número 90- febreiro 2010, páxs.102-103.
- COMINGES CÁCERES, Francisco de, «Os plans urbanísticos xerais na xurisprudencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia», documento electrónico.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael. «A execución das sentenzas no ámbito urbanístico» .*Revista de Urbanismo e edificación*. Aranzadi núm. 20/2009. Editorial Aranzadi S.A., Pamplona. 2009, páxs. 15-35.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael. «A execución das sentenzas no ámbito urbanístico, parte segunda». *Revista de Urbanismo e edificación*. Aranzadi núm. 21/2010. Editorial Aranzadi S.A., Pamplona. 2009, páxs. 15-47.
- GEIS I CARRERRAS, Gemma. *Execución de sentenzas urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2009.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael. *A imposibilidade de execución de sentenzas no proceso contencioso*. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008
- LIZARRAGA, José Antonio, «Tutela xudicial efectiva e imposibilidade legal de execución de sentenzas en materia urbanística» *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.3/2009. Editorial Aranzadi S.A., Pamplona. 2009.
- MARTINEZ DE PISÓN APARICIO, Íñigo. *Execución Provisional de Sentenzas*, Civitas, Madrid 1999.
- MOLINA CRESPO, Francisco de Asís. «Mitos e realidades no dereito penal medio ambiental: ben xurídico protexido, intervención mínima, tipos en branco, cuestións prexudiciais». Encontro de Maxistrados e Fiscais do Foro Medioambiental Granada, 23 e 24 Abril 2009. Documento Electrónico.

SESSANO GOENAGA, Javier Camilo, «A protección penal do medio ambiente peculiaridades do seu tratamento xurídico» Revista electrónica de ciencia penal e criminoloxía RECPC 04-11 (2002)

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. *O control do Plan urbanístico*. Civitas, Madrid, 1996.

TORRES LÓPEZ, María Asunción. *Extensión e límites da xurisdición contenciosa no urbanismo*. Comares, Granada, 2001.

Relación de sentenzas e autos

Sentenzas do TC

STC 9/1981 do 31 de marzo

STC 32/1982 do 7 de xuño

STC 61/1997 do 20 de marzo

STC 148/1989 do 21 de setembro

STC 212/91 do 11 de novembro

STC 298/1994 do 14 de novembro

STC 61/1997 do 20 de marzo

STC 120/1998 do 15 de xuño

STC 73/2000, do 14 de marzo

STC 2/2003 do 16 de xaneiro

STC 187/2005 do 4 de xullo

STC 312/2006 do 8 de novembro

STC 22/2009 do 26 de xaneiro

Sentenzas e Autos do TS

STS do 21 de marzo de 1988 (RX 1988/2183)

ATS do 11 abril de 1990 (RX 1990/3639)

ATS do 28 de 1990 (RX 1990/2264)

STS do 13 de decembro de 1990 (RX 1990/9963)

ATS do 6 de abril de 1992 (RX 1992/2623)

Regap



ESTUDOS E NOTAS

STS do 24 de maio 1993 (RX 1993/3503)
STS do 11 de novembro 1993 (RX 1993/8202)
STS do 4 de maio de 1994 (RX 1994/4146)
STS Sala 1ª do 4 de decembro de 1996 (RX 1996/8810)
STS do 25 de xuño de 1998 (RX 1998/4561)
STS do 23 de xullo de 1998 (RX 1998/5883)
STS do 21 de xaneiro de 1999 (RX 1999/351)
STS do 26 de xaneiro de 1999 (RX 1999/357)
ATS do 23 de xullo de 1999 (RX 1999/5895)
STS do 8 de outubro de 1999 (RX 1999/7206)
STS do 27 de novembro 1999 (RX 2000/1378)
STS do 4 de marzo de 2000 (RX 2000/2456)
STS do 18 de abril 2000 (RX 2000/4943)
STS do 1 de marzo 2001 (RX 2001/2367)
STS do 5 de abril 2001 (RX 2004/317)
STS do 6 de xuño de 2001 (RX 2001/3813)
STS do 27 de xullo de 2001 (RX 2001/8327)
STS do 30 de decembro 2001 (RX 2010/3024)
ATS do 16 de novembro 2002 (XUR 2002/266664)
STS do 2 outubro 2002 (RX 2002/8858)
STS do 7 de decembro de 2002 (RX 2002/10840)
STS Sala 2ª do 16 de xaneiro 2003 (RX 1991/9448)
STS do 10 de decembro de 2003 (RX 2004/107)
STS do 10 de decembro de 2003 (RX 2004/317)
STS do 18 de febreiro de 2004 (RX 2004/3160)
STS do 7 de xuño 2005 (RX 2005/5244)
STS do 1 de marzo de 2005 (RX 2005/2367)
STS do 22 de novembro de 2005 (RX 2006/4140)

STS do 7 de xuño 2005 (RX 2005/5244)
STS do 27 de xullo de 2005(RX 2005/6732)
STS do 13 de xuño 2006 (RX 2006/4606)
STS do 21 de xuño 2005 (RX 2005/8968)
STS do 1 de marzo de 2006 (RX 2006/2070)
STS do 28 de marzo de 2006 (RX 2006/3138)
STS do 26 de setembro de 2006 (RX 2006/6665)
STS do 14 de febreiro 2007 (RX 2007/1803)
STS do 19 de febreiro de 2008 (RX 2008/601)
STS do 10 de marzo de 2008 (RX 2008/1612)
STS do 18 de marzo de 2008 (RX 2008/1756)
STS do 9 de abril de 2008 (RX 2008/2035)
STS do 23 de xuño de 2008 (RX 2008/3263)
STS do 10 de xullo de 2008 (RX 2008/5733)
STS do 17 de novembro de 2008 (2008/5964)
STS do 22 decembro 2008 (Rx 2009/365)
STS do 23 abril 2010 (RX 2010/4711)

Regap



ESTUDOS E NOTAS