

**EL PAPEL DE LOS RESIDENTES EUROPEOS EN LA  
MODIFICACIÓN DE LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN JUDICIAL  
DE DEMOLICIÓN DE OBRAS ILEGALES\***

***THE ROLE OF EUROPEAN RESIDENTS IN THE MODIFICATION  
OF THE JUDICIAL ENFORCEMENT PROCESSES OF DEMOLITION OF  
ILLEGAL CONSTRUCTIONS***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 404-429*



Jorge Antonio  
CLIMENT  
GALLART

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 21 de marzo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** A lo largo del presente artículo vamos a analizar las modificaciones que el legislador llevó a cabo en el Código Penal y en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el año 2015, que afectan a la ejecución de la demolición de las obras ilegales. Comprobaremos también como especialmente los residentes jubilados europeos tuvieron un papel fundamental en la modificación de dichas leyes.

**PALABRAS CLAVE:** Demolición; construcción ilegal; urbanismo; grupos de presión.

**ABSTRACT:** *Throughout this paper we are going to analyze the modifications that the legislators carried out in the Criminal Code and in the Contentious-Administrative Jurisdiction Law, in 2015, that affect the execution of the demolition of illegal constructions. We will also check how, especially, the European retired residents played a fundamental role in the modification of these laws.*

**KEY WORDS:** *Demolition; illegal construction; town planning; pressure groups.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. SITUACIÓN DE HECHO.- III. LOS CIUDADANOS EUROPEOS RESIDENTES EN ESPAÑA COMO GRUPO DE PRESIÓN.- IV. EL ART. 319.3 CP Y LA DEMOLICIÓN DE LA OBRA ILEGAL.- 1. Los delitos sobre la ordenación del territorio en el CP 1995.- 2. Reformas posteriores.- 3. Bien jurídico protegido.- 4.- El mandato del art. 319.3 CP y su compatibilidad con el bien jurídico protegido.- V. EL ART. 108.3 LJCA Y LA DEMOLICIÓN DEL INMUEBLE ILEGAL.- 1. El art. 108.3 LJCA.- 2. La jurisprudencia del TS sobre el art. 108.3 LJCA.- 3. Cuestiones criticables sobre el art. 108.3 LJCA y su interpretación jurisprudencial.- VI. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

A lo largo del presente texto vamos a analizar la modificación de dos normas llevada a cabo en el año 2015, el Código Penal (CP) y la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), en relación con las órdenes de demolición de construcciones ilegales, como respuesta a una demanda ciudadana encabezada por residentes jubilados europeos.

Como podremos comprobar, en el ámbito penal, el principal problema se suscitaba cuando se condenaba a algún promotor o constructor por la comisión de un delito contra la ordenación del territorio, pues parejo a la condena principal, se establecía la posibilidad de demolición de la construcción ilegal. Si el promotor no había vendido a un tercero dicho inmueble, no había mayor problema, pues las consecuencias de sus actos comenzaban y terminaban en él mismo. Sin embargo, si dicha compraventa ya se había producido y, además, el adquirente era un tercero de buena fe, aquí es donde surgía el problema, pues este acababa sin el dinero que había invertido en la vivienda y con la misma demolida. En el ámbito administrativo ocurría igual, dado que tanto si por la propia Administración se iniciaba un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, como si se anulaba, vía judicial, una licencia ya dada por aquella, ello podía comportar la demolición de la construcción ilegal, con el evidente perjuicio patrimonial al que ya nos hemos referido.

El legislador, a fin de solucionar esta situación, procedió a modificar el art. 319.3 CP<sup>1</sup>, en el sentido de establecer que, con carácter previo a ejecutar dicha

---

<sup>1</sup> Art. 319.3 CP: “En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada,

### • Jorge Antonio Climent Gallart

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Valencia. Doctorado con mención “cum laude”. Actualmente abogado no ejerciente. La labor investigadora llevada a cabo se ha centrado en la defensa de los Derechos Humanos, especialmente de los llamados Derechos de Primera Generación. Sobre este tema han sido publicados diversos trabajos en revistas nacionales e internacionales. Responsable de la Sección de jurisprudencia del TEDH del Instituto de Derecho Iberoamericano.

demolición, el juzgador exigirá que se aseguren las responsabilidades civiles de los terceros adquirentes de buena fe. Lo mismo ocurrió con el art. 108 LJCA<sup>2</sup> para los procedimientos contencioso-administrativos.

En conclusión, en este texto analizaremos, en primer lugar, la situación de hecho que provocó que una parte importante de los afectados se terminaran agrupando en asociaciones, a fin de anar sus esfuerzos en la defensa de sus intereses y tener una voz más potente frente a las autoridades públicas. En segundo lugar, comprobaremos cómo esas asociaciones responden, con bastante acierto, a lo que la Ciencia Política ha definido como grupos de presión. Y, por último, estudiaremos cuál ha sido la respuesta del legislador a dichas reclamaciones, así como la interpretación realizada nuestros tribunales a esta modificación legislativa, no siempre compartida por la doctrina.

## II. SITUACIÓN DE HECHO.

La calificación de los jubilados europeos, especialmente los británicos, como grupo de presión responde bastante bien a esta categoría tan ampliamente estudiada por la Ciencia Política, como posteriormente veremos. No obstante, siguiendo el método deductivo, en primer lugar, haremos una exposición del proceder de estos grupos y luego comprobaremos, de conformidad con los criterios politológicos, las razones por las que los calificamos como grupos de presión.

Resulta de público conocimiento que un número considerable de jubilados europeos, especialmente británicos, decidieron comprar una vivienda en España, por las excelentes condiciones climáticas de este país, entre otros motivos. Tampoco descubrimos nada nuevo si afirmamos que en los años del boom inmobiliario la construcción vino ligada a la corrupción urbanística, especialmente en el ámbito municipal<sup>3</sup>, pues las corporaciones locales tenían atribuidas amplias competencias sobre la cuestión. En buena medida, dicha corrupción se dio tanto porque las autoridades municipales concedían licencias a sabiendas de su improcedencia, como porque conscientemente decidían no ejercer sus competencias sancionadoras y

---

sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

- 2 Art. 108.3 LJCA: “El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.
- 3 QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1133, apuesta por “desligar la política de ordenación del territorio, incluida la medioambiental, de la Hacienda Pública local, lo que supone hallar otras formas alternativas y legítimas de financiación de la primera administración pública, primera por ser la más cercana al ciudadano y sus necesidades. Piénsese además que un buen número de municipios, de todos los grupos políticos, incluidos los independientes (...) son asiduos visitantes de los juzgados por asuntos que tienen su origen en temas urbanísticos”.

restauradoras derivadas de la disciplina urbanística, respecto de construcciones que se levantaban sin los permisos preceptivos. Esta situación de desorden es de la que debemos partir para comprender el escenario en el cual se desenvuelven las reclamaciones de los jubilados extranjeros.

Tras el estallido de la burbuja inmobiliaria, los procesos penales por delitos contra la ordenación del territorio dieron lugar a situaciones en las que los jubilados extranjeros, que habían comprado su residencia para pasar sus últimos días aquí, acababan con sus viviendas demolidas, y sin recibir ningún tipo de compensación por ello. También en el ámbito administrativo empezaron las autoridades a actuar, con los mismos resultados. Esto provocó una gran alarma entre los afectados, muchos de ellos de origen británico. Así, empezaron a aparecer las primeras asociaciones de afectados que reclamaban algún tipo de solución, pues no alcanzaban a comprender que, habiendo actuado de buena fe, cumpliendo con todo lo que se les había exigido, se viesan abocados a esta situación.

También hicieron partícipes de este malestar a sus autoridades, las cuales se apresuraron a tomar cartas en el asunto. Así, tanto el Secretario de Estado del Reino Unido para Europa, el Sr. CHRIS BRYANT<sup>4</sup>, como el entonces embajador británico en Madrid, el Sr. GILES PAXMAN<sup>5</sup>, decidieron ponerse en contacto con diferentes representantes políticos en España a fin de encontrar una solución a esta cuestión. La misma tarea continuó su sucesor en la Embajada, el Sr. SIMON MANLEY.

A medida que las órdenes de demolición de obras ilegales iban incrementándose, el número de particulares afectados aumentaba, y, consecuentemente, las asociaciones crecían, y su influencia también. Tan fue así que, en el año 2015, y tras haberse hecho eco de sus reivindicaciones, el Senador Socialista, el Sr. DÍAZ TEJERA, llegó a presentar enmienda al art. 319 CP en el trámite legislativo, que dio lugar al actual texto. Resulta imprescindible leer en el propio Diario de Sesiones del Senado las razones argüidas por el político, para comprender la influencia de las asociaciones de afectados:

“Presentábamos una enmienda al art. 319 del Código Penal que nos presentaban distintos afectados en diversas regiones de la geografía española, que eran terceros adquirentes de buena fe y afectados porque el juez había ordenado la demolición de su edificio debido a que no contaba con la licencia correspondiente. Esas personas, generalmente pensionistas europeos que habían adquirido de buena fe esas viviendas, se encontraban con que formalmente les daban la razón, les decían que no habían cometido ningún error y que todo se ajustaba a derecho pero, en términos reales, se demolía la vivienda, no recibían indemnización y se veían en la calle, habiendo perdido el dinero y la vivienda.

4 <https://www.elmundo.es/elmundo/2010/03/06/andalucia/1267894727.html>

5 [https://elpais.com/diario/2010/01/14/andalucia/1263424923\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2010/01/14/andalucia/1263424923_850215.html)

Por eso, planteábamos la posibilidad de que la orden de demolición del juez de lo Penal se condicionara a la percepción de la indemnización correspondiente para, al menos, compensar de algún modo la pérdida de la vivienda”<sup>6</sup>.

Al igual que ocurrió con el art. 319 CP, y siguiendo su tenor, también se produjo la oportuna modificación del art. 108 LJCA. Al fin y al cabo, el legislador pretendía dar respuesta global a un problema que se podía presentar tanto en el ámbito penal como en el administrativo. Ello se deduce de la propia lectura de las argumentaciones vertidas por el mismo Senador, Sr. DÍAZ TEJERA, recogidas por el Diario de Sesiones del Senado:

“Si se fijan ustedes en la enmienda 130, verán que intenta proteger al tercer adquirente de buena fe en línea con lo que hicimos en su momento con el Código Penal”<sup>7</sup>.

Tras dicha modificación, las asociaciones de afectados decidieron premiar al Senado, en reconocimiento por la sensibilidad demostrada sobre la materia<sup>8</sup>. E incluso a la presidenta de una de estas organizaciones, la ciudadana irlandesa Maura Hillen, fue nombrada, por la Reina Isabel II, miembro honorario de la Excelentísima Orden del Imperio Británico (MBE) por los servicios prestados a la comunidad británica en España, en defensa de sus intereses<sup>9</sup>.

### III. LOS CIUDADANOS EUROPEOS RESIDENTES EN ESPAÑA COMO GRUPO DE PRESIÓN.

La figura de los grupos de presión ha sido ampliamente estudiada por la Ciencia Política<sup>10</sup>. Así, la doctrina politológica distingue entre los grupos de presión y los grupos de interés. Estos últimos los constituirán todas las asociaciones que tengan como finalidad la defensa y promoción de unos intereses concretos<sup>11</sup>.

6 [http://www.senado.es/legisl0/publicaciones/pdf/senado/ds/DS\\_P\\_10\\_146.PDF](http://www.senado.es/legisl0/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_P_10_146.PDF)

7 [http://www.senado.es/legisl0/publicaciones/pdf/senado/ds/DS\\_C\\_10\\_472.PDF](http://www.senado.es/legisl0/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_C_10_472.PDF)

8 [http://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/noticias/NoticiasDetalle/index.html?id=2017\\_05\\_03\\_PREMIO\\_URBANISMO](http://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/noticias/NoticiasDetalle/index.html?id=2017_05_03_PREMIO_URBANISMO)

9 <https://www.europapress.es/andalucia/almeria-00350/noticia-presidenta-auan-miembro-honoraria-imperio-britanico-defensa-duenos-casas-irregulares-20160712120136.html>

10 De entre los diferentes estudios que se han llevado a cabo sobre esta materia, nos han servido para ilustrarnos, los siguientes: JEREZ MIR, M.J.: “Los grupos de presión”, en AA.VV.: *Manual de Ciencia Política* (coord. R. Del Águila), Trotta, Valladolid, 1997; MEYNAUD, J.: *Los grupos de presión*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970; FERRANDO BADÍA, J.: “Grupos de interés, de promoción y de presión. Institucionalización de los grupos de presión”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 213-214, 1977.

11 JEREZ MIR, M.J.: “Los grupos”, cit., pp. 295-296: “el grupo de interés es un actor del sistema social que, básicamente desarrolla la función de articulación de las aspiraciones de individuos o colectivos que, sin ellos, actuarían directamente frente a los poderes públicos en las direcciones más dispares. De este modo, los grupos contribuyen a proporcionar racionalidad, congruencia y viabilidad a las demandas de cuantos comparten una determinada posición frente a otros sectores del sistema social”.

El factor determinante que comportará que un grupo de interés se acabe convirtiendo en un grupo de presión va a ser precisamente su voluntad y capacidad de influir, directa o indirectamente, en las instituciones públicas, a fin de conseguir de ellas una respuesta legal que ampare sus intereses<sup>12</sup>. Cuando los afectados comienzan a asociarse y a poner en común sus inquietudes y sus reivindicaciones, ya pueden ser considerados como grupo de interés. Pero cuando dan un paso más y pasan a presionar al poder político para que dichas pretensiones tengan un reflejo normativo, entonces ya podemos decir que nos encontramos ante un grupo de presión<sup>13</sup>.

En el caso de los jubilados europeos residentes en España, al principio, acuciados por una circunstancia que les afecta a todos ellos, como es la demolición de una vivienda que habían adquirido de buena fe, deciden asociarse. La finalidad de tales grupos que empiezan a nacer es poner en común sus intereses y defenderlos públicamente. Es precisamente cuando dan el paso siguiente, es decir, cuando hacen partícipes a sus autoridades de sus problemas, para que estas presionen a su vez a las españolas, y, sobre todo, cuando deciden actuar ante los propios Senadores, cuando podemos empezar a calificarlos de grupo de presión. Así pues, en este momento, lo que ya pretenden es influir sobre el poder político a fin de que el mismo les dé una solución que se acomode a sus intereses.

#### IV. EL ART. 319.3 CPY LA DEMOLICIÓN DE LA OBRA ILEGAL.

No es nuestra intención llevar a cabo un análisis en profundidad del art. 319, abarcando todos los elementos del tipo, pues ello rebasaría las pretensiones de este estudio, amén de que ya mucho y muy bien se ha escrito por la doctrina penalista al respecto.

Así pues, nuestro objetivo no es otro que comprobar cuál ha sido la regulación de la cuestión del derribo en nuestro CP, desde que se introdujo el delito sobre

12 *Ibid.*, p. 297. Según este autor, el grupo de presión “puede ser definido como una organización o colectivo de personas – físicas o jurídicas- que ante todo busca influir en política o promover sus ideas dentro de un contexto económico y político determinado, incidiendo en el proceso de toma de decisiones mediante su actuación sobre los poderes ejecutivo, legislativo y/o judicial – directamente o a través de la opinión pública – para intentar moldear la formulación de políticas públicas y condicionar su implementación.”

13 *Ibid.*, p. 296-297: “Con frecuencia, a los grupos de intereses les resulta insuficiente el ámbito del sistema social, necesitando descender a la arena política para difundir y defender sus demandas y reivindicaciones con unas mínimas perspectivas de éxito. Este es justamente el paso que hace de un grupo de interés un grupo de presión”.

En el mismo sentido se expresa MENYAUD, J.: “Los grupos”, cit., p. 11: “Los grupos de intereses así caracterizados se transforman en grupos de presión solo a partir del momento en que los responsables actúan sobre el mecanismo gubernamental para imponer sus aspiraciones o reivindicaciones”.

Comparte la misma opinión, FERRANDO BADÍA, J.: “Grupos de”, cit. p. 17: “Su elemento diferenciador, como dijimos, reside en la adopción de una vía específica para defender las reivindicaciones del grupo afectado: actuar sobre las autoridades públicas para conseguir satisfacción a sus intereses o causas. La categoría en cuestión apunta a un nuevo enfoque en la consideración de los grupos de interés y de promoción en sus relaciones con las instituciones gubernamentales. De que existan o no tales contactos dependerá el que nos hallemos en presencia de grupos de presión o de simples grupos de interés”.

la ordenación del territorio, allá por el año 1995, hasta la actualidad, haciendo una especial referencia al bien jurídico protegido, por la trascendencia que ello tendrá respecto de la demolición de la obra ilegal.

## **I. Los delitos sobre la ordenación del territorio en el CP 1995.**

Es en el llamado Código Penal de la democracia, aprobado mediante la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre<sup>14</sup>, en el que se introduce la figura de los delitos sobre la ordenación del territorio, en el Capítulo I<sup>15</sup> del Título XVI<sup>16</sup> del Libro II, bajo los arts. 319 y 320. De ambas normas, nos vamos a quedar exclusivamente con la primera, pues la segunda trata de la prevaricación en materia urbanística.

En aquel momento, el art. 319 versaba literalmente tal que así:

“1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven acabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

La necesidad de introducción de una sanción penal a esta cuestión vino dada por el evidente fracaso de una tutela administrativa totalmente ineficaz<sup>17</sup>. Así pues,

14 BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1995/11/24/pdfs/A33987-34058.pdf>

15 Titulado “De los delitos sobre la ordenación del territorio”

16 Titulado “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”.

17 Resulta muy interesante traer a colación, en relación a la necesidad de la sanción penal de este tipo de actuaciones relacionadas con la ordenación del territorio, las palabras del Senador Martínez Sevilla, en el momento en el que estaba tramitando la L.O. 10/1995, recogidas en el Diario de Sesiones del Senado, de fecha 26 de octubre de 1995: “En este país, ya desde mucho antes, desde la época de Franco, pero fundamentalmente en los últimos años, se han acentuado de modo desmedido las construcciones y las urbanizaciones que han deteriorado gravemente el medio ambiente, que han atentado contra el territorio, que han deteriorado cascos históricos, que han deteriorado nuestro patrimonio natural y nuestro patrimonio histórico, que han supuesto conurbaciones de todo tipo, etcétera. Esto está produciendo un grave daño, y una de las pocas vías que pueden mostrarse como eficaces a la hora de resolver este

dado que las Administraciones Públicas competentes no estaban cumpliendo con su obligación, el legislador se vio obligado a recurrir a la vía penal como único remedio pretendidamente efectivo ante los desmanes que se estaban cometiendo (y lo peor estaba por venir) en materia urbanística ante la pasividad, cuando no la implicación, de algunas instituciones<sup>18</sup>. Tal y como recoge el TS: “la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acuda al Derecho Penal, como última ratio”<sup>19</sup>.

## 2. Reformas posteriores.

El Código Penal de 1995 ha sido objeto de múltiples reformas, hasta llegar a la actualidad. Respecto del tema que estamos estudiando, dos son las que nos interesan: las operadas a través de la LO 5/2010, de 22 de junio<sup>20</sup>, y la LO 1/2015, de 30 de marzo<sup>21</sup>.

La reforma de 2010, en lo relativo a la demolición de las obras ilegales, introduce una modificación consistente en la obligación, ya no solo de derribar la misma, sino además, de reponer a su estado originario la realidad física alterada<sup>22</sup>. Dicho con

---

problema es la consideración estrictamente penal de los delitos contra la ordenación del territorio o contra el urbanismo. Todas las remisiones administrativas hasta ahora se han mostrado absolutamente incapaces de parar la avalancha que han promovido constructores, que han promovido especuladores del suelo, que han promovido empresarios sin escrúpulos -insisto en este sentido-, que con tal de sacar unas pesetas han dejado nuestro país en una penosa situación con respecto a la ordenación del territorio.”. Disponible en: <http://www.senado.es/legis5/publicaciones/pdf/senado/ds/PS0094.PDF>

- 18 ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, Bosch, Barcelona, 2011, p. 281: “La práctica urbanística ha demostrado durante años que las autoridades y funcionarios administrativos con competencia en materia de disciplina urbanística no han ejercitado como debieran sus facultades en materia de demolición, perpetuándose de esta forma, con el consentimiento tácito de la Administración, vulneraciones flagrantes del orden urbanístico”.
- 19 F.J. 2º STS (Sala 2ª) 27 noviembre 2009 (ECLI: ES:TS:2009:7703).
- 20 BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>
- 21 BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3439-consolidado.pdf>
- 22 Además, trata cuestiones de nomenclatura (al introducir el término “urbanismo”), amplía las conductas delictivas, agrava las penas, introduce la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas que participen en la comisión de estos delitos, así como el comiso de las ganancias.  
BOE núm. 152, cit., p. 54855:  
Octogésimo octavo.  
Se modifica la rúbrica del Título XVI del Libro II, que tendrá la siguiente redacción: «TÍTULO XVI De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente»  
Octogésimo noveno.  
Se modifica la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, que tendrá la siguiente redacción: «CAPÍTULO I De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo»  
Nonagésimo.  
Se modifica el art. 319, que tendrá la siguiente redacción:  
«1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a

otras palabras, deberá dejar, en la medida de lo posible, el terreno afectado en el mismo estado en el que estaba con carácter previo a la construcción.

Será ya con la reforma de 2015, cuando el legislador introduzca el condicionamiento temporal de la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros adquirentes de buena fe. Así, literalmente, el punto tercero del art. 319, modificado por la LO 1/2015, versa como sigue:

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

### 3. Bien jurídico protegido.

Una de las cuestiones que ha suscitado un amplio debate doctrinal viene referida a la determinación de cuál es el bien jurídico protegido por el legislador:

A pesar de las diversas corrientes doctrinales existentes<sup>23</sup>, creemos que la más acertada es aquella que defiende que el bien jurídico protegido lo constituye la ordenación del suelo, o, dicho en otras palabras, el uso racional de este. Dicha tutela es instrumental, pues su finalidad no es otra que conseguir garantizar la calidad del hábitat o del medio en el que nos desenvolvemos todos, y, en consecuencia, nuestra calidad de vida. Y es que, como ha dicho la propia Sala Segunda del TS:

---

cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

23 Todas ellas recogidas magistralmente por SOLAZ SOLAZ, E.: “La ordenación del territorio y el urbanismo: El delito del artículo 319 del Código penal”, *La Ley Penal*, núm. 16, 2015 (SMARTECA)

“En el “delito urbanístico” no se tutela la normativa urbanística -un valor formal o meramente instrumental- sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales” (arts. 45 y 47 CE), es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados “intereses difusos” pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. Su protección -entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de intervención de los Poderes Públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución”<sup>24</sup>.

Por último, precisamente para saber qué es lo que pretendía proteger el legislador a través de la tipificación de este tipo de conductas, creemos acertado traer a colación las palabras de uno de los autores de la norma, el Senador Martínez Sevilla, recogidas en el Diario de Sesiones del Senado:

“Consideramos que uno de los grandes avances de este Código Penal es la consideración de la ordenación del territorio como un bien socioambiental; es decir, la profunda ligazón que existe entre la preservación del territorio, su ordenación y el medio ambiente, esa íntima ligazón entre uno y otro concepto no es sólo paisajística, sino que está orientada fundamentalmente por las actividades humanas que se realizan sobre ella y, principalmente, por la utilización de los recursos naturales, de tal manera que es indisoluble la protección de la ordenación del territorio de la protección del medio ambiente”<sup>25</sup>.

#### 4. El mandato del art. 319.3 CP y su compatibilidad con el bien jurídico protegido.

Como hemos visto, con carácter previo a la reforma de 2015, el legislador ya preveía la posibilidad de que el juez pudiera ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada<sup>26</sup>, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En

24 F.J. 9º STS (Sala 2ª) 28 marzo 2006 (ECLI: ES:TS:2006:7937).

25 Diario de Sesiones del Senado, de fecha 26 de octubre de 1995. Disponible en: <http://www.senado.es/legis5/publicaciones/pdf/senado/ds/PS0094.PDF>

26 La naturaleza jurídica civil y no penal de las medidas de demolición y reposición se desprende de los arts. 109.I, 110 y 112 CP.

Art. 109.I CP: “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”.

Art. 110 CP: “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1.º La restitución.

2.º La reparación del daño.

3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales”.

Art. 112 CP: “La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer

realidad, nos encontrábamos ante una potestad, no una obligación<sup>27</sup>, y, por tanto, el juzgador podía condenar o no a la demolición de la obra atendiendo a diversas circunstancias. Ha sido, consecuentemente, la jurisprudencia la que ha ido marcando qué criterios debían ser tenidos en cuenta para considerar procedente dicha medida<sup>28</sup>.

No obstante dicho carácter potestativo al que hemos hecho referencia, el propio TS establece que la demolición y la reposición deben entenderse como la regla general, debiendo ser considerada la ausencia de las mismas como la excepción. Y ello porque de lo contrario estaríamos consintiendo la perpetuación de la lesión del bien jurídico supuestamente protegido. Así, el TS afirma que "por regla general,

---

que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa."

Así lo señala también ROMÁN GARCÍA, F.: "Los delitos sobre la ordenación del territorio", en AA.VV.: *Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente)*, Comares, Granada, 1997, p.119: "La demolición constituye una forma de reparar el daño causado a los intereses públicos".

Esta cuestión ha sido analizada por el TS, llegando también a la conclusión que nos encontramos ante una medida de carácter civil, no penal. Así lo establece el F.J. 3º STS (Sala 2ª) 21 junio 2012 (ECLI: ES:TS:2012:4573): "La demolición de la obra o reposición a su estado originario a la realidad física alterada son medidas que poseen un carácter civil más que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio. Según la doctrina mayoritaria se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP. Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística: No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el CP, y debe evitarse la creación de penas en los delitos de la parte especial - Libro II - que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la parte General".

- 27 SOLAZ SOLAZ, E.: "La ordenación", cit. mantiene que la aplicación del art.339 CP, situado en el Capítulo V, referido a cuestiones comunes a los anteriores artículos, entre los que se encuentra el 319, podría dar lugar a problemas interpretativos.

Art. 339 CP: "Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título".

Así, se podría llegar a entender que existe una contradicción con respecto a la demolición. De la lectura de este art. 339, se desprende que sería obligatorio para el juez adoptar dicha medida. Sin embargo, el 319 la reconoce como potestativa. No obstante, esta contradicción deviene en más aparente que real, porque, como este mismo autor reconoce, aplicando el principio de especificidad, debemos entender que primará lo dispuesto en el 319, y deberá ser considerada, por tanto, como potestativa.

- 28 F.J. 3º STS (Sala 2ª) 21 junio 2012 (ECLI: ES:TS:2012:4573): "En la práctica se tienen en cuenta: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia, la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción; tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc."

No obstante lo anterior, en el mismo fundamento jurídico, la sentencia sí que nos indica supuestos claros en los que debería procederse a la demolición y reposición: "Así por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción o la obra están completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad de rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial".

Del mismo modo, también hace referencia a supuestos en los que considera que cabría excepcionar la orden de demolición y reposición: "podrían admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción, esto en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme, puede insertarse que las obras de potencial demolición se encuentran en área consolidada de urbanización"

no cabe otra forma de reparación de la legalidad alterada que la demolición de lo irregularmente construido, de modo que habrán de ser, en su caso, circunstancias excepcionales las que puedan llevar al tribunal a ejercer la facultad que se le atribuye en este apartado 3 art. 319 CP, en el sentido de no acordar la demolición, no para acordarla (...) De lo contrario, la intervención penal llevaría consigo, de modo paradójico, la consagración física del resultado del delito<sup>29</sup>. Además, como también nos indica el TS, la demolición (y la reposición) “en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística”<sup>30</sup>. Cabe destacar que respecto a todo lo anteriormente expuesto, el TS ha mantenido una posición fundamentalmente homogénea, garantizando así una plausible y más que necesaria seguridad jurídica<sup>31</sup>.

Con las modificaciones introducidas por la L.O. 1/2015, la cuestión se torna, aparentemente, más compleja, puesto que, a partir de la misma, se condicionará temporalmente dicha demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros adquirentes de buena fe, previa valoración de las circunstancias concretas y oída la Administración competente. Esta reforma, con cuyo espíritu ya adelantamos que estamos totalmente de acuerdo, puede suponer algunas disfuncionalidades en su aplicación.

Lo primero que cabe determinar es el concepto de tercero de buena fe. El TS ya había considerado que pueden ser adscritos a tal categoría aquellas personas “que, sin haber tenido participación en el delito contra la ordenación del territorio y sin conocer las limitaciones urbanísticas que afectaban a la construcción, han resultado gravemente perjudicadas en su patrimonio como consecuencia del delito cometido por el condenado”<sup>32</sup>. Y para que no quepa la más mínima duda, el TS refuerza esta figura insistiendo en que el hecho de que las limitaciones impuestas por la disciplina urbanística sean públicas y, por tanto, al alcance de cualquier adquirente, no empece

29 *Ibíd.* F.J. 4º. En este sentido, también se ha manifestado BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *Los delitos urbanísticos*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 204: “La sola sanción, si luego se consigue mantener lo ilícitamente construido o edificado, podrá retribuir jurídicamente el ilícito producido, pero no permite reparar la lesión del bien jurídico, que solo es susceptible de conseguirse a través de la restitución de la situación física del suelo al momento anterior a su agresión”.

30 *Ibíd.* F.J. 3º. En el mismo sentido se expresa GÓRRIZ ROYO, E.: “Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del artículo 319 CP”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 1156: “La seguridad de que lo ilegalmente construido y edificado nunca va a ser demolido ha sido una de las motivaciones constantes del exacerbado proceso constructivo y de la especulación urbanística, puesto que el beneficio que reportaba la posterior venta de las obras ilegales realizadas superaba con frecuencia el coste de las infracciones administrativas impuestas. Por ello puede decirse ahora que los jueces y tribunales pueden utilizar la facultad prevista en el apartado 3º del artículo 319 CP para cuanto menos obstaculizar este proceso de indudable carácter lucrativo para determinados intereses particulares, que no para la comunidad”.

31 Toda esta doctrina jurisprudencial citada en las anteriores notas al pie ha sido confirmada por el propio TS, en sentencias posteriores, como por ejemplo, la STS (Sala 2ª) 24 noviembre 2014 (ECLI: ES:TS:2014:5072), o incluso en las más recientes: STS (Sala 2ª) 20 julio 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3046), STS (Sala 2ª) 13 enero 2018 (ECLI: ES:TS:2018:476).

32 F.J. 3º STS (Sala 2ª) 22 mayo 2013 (ECLI: ES:TS:2013:2915).

en nada para la calificación de tercero de buena fe<sup>33</sup>. Lo único que importa es que, real y efectivamente, el tercero<sup>34</sup> desconociera que el inmueble adquirido venía afectado por tales las limitaciones urbanísticas.

Lo que ha suscitado más dudas entre la doctrina es el condicionamiento temporal de la demolición a la constitución previa de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe. Así pues, diversos autores entienden que, con esta medida, se está primando el interés particular de los terceros frente al interés general que supone la necesaria restauración de la legalidad urbanística, quedando incluso está en entredicho<sup>35</sup>. La crítica se basa en el hecho de que la demolición no se podrá llevar a efecto en tanto en cuanto no se hayan asegurado previamente las indemnizaciones pertinentes, siendo además que el propio artículo no establece un plazo máximo para ello<sup>36</sup>. Por todo lo anterior,

- 33 Ibid.: “Esta Sala viene admitiendo de forma reiterada que el principio de publicidad de un determinado gravamen no excluye la posibilidad de un engaño sobre su propia existencia (cfr. SSTs 161/2013, 20 de febrero y 687/2008, 30 de octubre, entre otras). En el supuesto de hecho que centra nuestra atención, el carácter de terceros de buena fe de los beneficiados con la indemnización se proclama sin ambages en el juicio histórico. En él puede leerse que “... todos ellos desconocían la situación de las viviendas”. En definitiva, nada tiene que ver el concepto de tercero de buena fe con el significado registral normalmente ligado a ese término. En palabras del Fiscal, esa referencia no es equiparable al concepto registral del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Faltaría aquí la inscripción registral. Pero el art. 319.1 del CP, al incluir la referencia a la buena fe, simplemente procura hacer posible que sean reparados los daños colaterales derivados de una demolición imputable a la conducta del acusado. Tampoco es obstáculo para la procedencia de la indemnización el hecho de que no se haya formulado acusación por el delito de estafa. Es perfectamente imaginable la concurrencia entre un delito contra la ordenación del territorio y otro de estafa. El hecho de que el desconocimiento alegado respecto de la situación urbanística del terreno no haya servido de fundamento para una acusación por estafa, no es impedimento para la indemnización civil concedida por la Audiencia. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que un eventual proceso por aquel delito de lo debido actuara entonces como causa de extinción de una hipotética responsabilidad civil.”
- 34 Aunque nosotros utilicemos generalmente el término adquirente para referirnos al tercero, pues es en el que fundamentalmente estaba pensando el legislador, según se desprende de la lectura del Diario de Sesiones del Senado y de la propia realidad social, constatable por el número de afectados, lo bien cierto es que no debemos considerar únicamente como terceros de buena fe a los que han comprado un inmueble. Así pues, un inquilino o un usufructuario, por ejemplo, también podrían verse afectados por la demolición y ser considerados terceros de buena fe.
- 35 ORTEGA MONTORO, R.J.: “A propósito de la reforma de la medida de demolición de los delitos urbanísticos en la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal”, en El Consultor de los Ayuntamientos, núm. 1/2016 (SMARTECA): “Quedaría supeditada la aplicación del orden público urbanístico (demolición de una construcción realizada con vulneración del orden urbanístico en los casos de especial gravedad que tipifica el texto punitivo) a la satisfacción o garantía de los intereses privados predicables de los terceros de buena fe que adquirieron la construcción o edificación cuya demolición se impone”. En el mismo sentido, GÓRRIZ ROYO, E.: “Delitos sobre la ordenación del territorio: el condicionamiento temporal de la demolición a la constitución de garantías (art. 319.3 CP)”, en AA.VV. (Dir. J.I. González Cussac): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (TOL5.009.902): “De la dicción de este nuevo párrafo del art. 319.3 CP se deduce que el legislador ha considerado prioritario salvaguardar el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe que puedan verse perjudicados por la efectiva ejecución del derribo de la obra delictiva”.
- 36 ORTEGA MONTORO, R.J.: “A propósito”, cit., apunta una idea interesante y es que, en la práctica este condicionamiento puede dar lugar a un problema bastante complejo. Si el propio condenado es insolvente, las garantías antedichas no se podrían obtener del mismo, y dada la dicción de la norma, podría llegar a darse la situación paradójica de que la inexecución de la demolición se demorase sine die.

entienden que dicho condicionamiento de la demolición deberá ser considerado como la excepción, y no como la regla general<sup>37</sup>.

En relación con lo expuesto, creemos que la redacción del artículo es francamente mejorable, y, sobre todo, echamos de menos que en el preámbulo de la L.O. 1/2015 no se especificaran las razones o finalidades por las que se modificaba ese punto tercero del art. 319, que habrían servido para facilitar una interpretación auténtica de la norma. Pero a pesar de lo anterior, no podemos coincidir, con carácter general, con las conclusiones establecidas por la doctrina mencionada. Así pues, en primer lugar, no creemos que condicionar temporalmente la demolición al previo aseguramiento de las indemnizaciones a terceros afectados de buena fe, pueda ser considerada como la excepción, sino como la regla general<sup>38</sup>. Ello se deduce de la simple lectura de los motivos que adujo el proponente de la enmienda que dio lugar a la aprobación, por ambas Cámaras, del actual punto tercero del art. 319, tal y como se recoge en el Diario de Sesiones del Senado, al que ya hemos hecho referencia<sup>39</sup>.

37 A fin de encontrar un mayor acomodo a esta nueva normativa respecto de las exigencias que se derivan de la obligación de garantizar el orden público urbanístico, la doctrina ha acudido al mandato del legislador al juzgador referido a la necesidad de valorar las circunstancias concretas y oír a la Administración competente, con carácter previo a tomar cualquier medida. GÓRRIZ ROYO, E.: "Delitos sobre", cit., entiende que el condicionamiento de la demolición debe ser interpretado de manera restrictiva, siempre atendiendo a las circunstancias concretas del caso, y previa la información obtenida de la Administración. Así, afirma que: "Con respecto a las circunstancias susceptibles de valoración, ante todo, puede tenerse en cuenta la situación personal y económica en la que quedarán los terceros de buena fe como consecuencia de la ejecución de la demolición (v.gr. si les supone un grave quebranto económico o se quedan sin vivienda, etc.). Por lo que toca al criterio de la Administración competente, se entiende que éste habrá de considerarse por el juez o tribunal, en todo caso: es decir, habrá de tener en cuenta si la Administración competente, aconseja paralizar el derribo, pero también otros datos que ésta le pueda aportar. Por ejemplo, relativos a las posibilidades de futura legalización de la vivienda, o incluso acerca de las posibilidades de proporcionar una vivienda alternativa a los terceros de buena fe". Y termina concluyendo que: "Por todo lo anterior, parece que el carácter de esta medida haya de ser excepcional y su imposición necesariamente motivada, ante todo, atendiendo a la difícil situación económica o por el precario estado personal o familiar en que quedarán los terceros de buena fe, una vez ejecutada la demolición. De lo contrario, si este posible límite a la demolición se acuerda como regla general, podría convertirse en un freno a una de las medidas que más efectos preventivo-generales despliega contra los ilícitos urbanísticos, lo que iría en detrimento de la propia tutela del bien jurídico «ordenación del territorio»".

En la misma línea se muestra SÁNCHEZ ROBERT, M.J.: "La demolición de obra en los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo", en AA.VV. (dir. L. Morillas Cueva): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p.739, para la cual esta reforma va "dirigida a salvaguardar intereses personales, fundamentalmente económicos de los terceros de buena fe, frente al interés general de la protección del bien jurídico ordenación del territorio y urbanismo, que se va a concretar en el restablecimiento de la legalidad urbanística". En todo caso, considera que los afectados siempre podrán acudir a otras vías, a fin de satisfacer sus pretensiones económicas, y no hacerlo a expensas de la continuación en la lesión del bien jurídico protegido.

38 Siguiendo el mandato del legislador, en todo caso y con carácter previo a decidir sobre la ejecución de la demolición, habrá que atender a las circunstancias particulares del caso concreto, especialmente, a la información que pueda proveer la Administración competente. En aquellos casos en los que se desprenda, de la investigación judicial, que la obra no va a poder ser real y efectivamente legalizable (no de manera hipotética) y la indemnización va a resultar imposible de obtener, creemos que la ejecución de la demolición no podrá quedar suspendida, sine die.

En este sentido, de agotamiento de las posibilidades indemnizatorias, resulta interesante la idea apuntada por MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 500: "Respecto de la indemnización a los terceros de buena fe (que pueden ser los adquirentes de un inmueble construido ilegalmente), debe tenerse en cuenta que, si en el hecho hay algún tipo de responsabilidad de la Administración, porque de forma negligente o por mal funcionamiento de los órganos de control haya permitido la infracción urbanística, también podrá decretarse la responsabilidad civil de esta conforme el art. 121 (CP)".

39 Ver notas al pie núm. 6 y 7.

Pero, además, entendemos que lo único que ha pretendido el legislador con la reforma es garantizar que, con carácter previo a que se derriben las obras ilegales, se garantice a los terceros afectados de buena fe (y solo a estos) que van a poder recibir una indemnización. En ningún momento, se puede deducir que el interés público, consistente en la restauración de la legalidad, quede desamparado. Y es que no podemos olvidar que toda esta situación no se habría producido si las instituciones competentes hubiesen actuado cuando y como les correspondía. Así pues, lo que no es comprensible es sostener que las Administraciones Públicas, que cuentan con técnicos encargados de velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística, hagan dejación de funciones, y quienes tengan luego que acabar haciendo frente a las consecuencias de su inoperancia sean los terceros adquirentes de buena fe. De admitir dicha tesis, estaríamos aceptando una traslación de las consecuencias de la irresponsabilidad de los gestores de la Administración Pública a quien es absolutamente ajeno a todo ello, es decir, al tercer adquirente de buena fe. Y proponer que, en todo caso, los afectados pueden acudir a otras vías para satisfacer sus pretensiones económicas, supone condenarlos a tener que estar peregrinando por distintas instancias administrativas y/o judiciales, suplicando una indemnización, una vez su inmueble ha sido demolido, con el evidente perjuicio, tanto económico como personal, que eso supone para los particulares.

Todo lo dicho, no quita para reconocer que, en el día a día, y yendo a cada caso concreto, nos vamos a encontrar con situaciones complejas de difícil solución. Entendemos que el legislador en modo alguno ha sometido el interés público al interés privado, sino que ha intentado conjugar ambos, de tal forma que la consecución de aquel no provoque un perjuicio a quien no solo no es responsable de tales ilegalidades, sino que además aparece como perjudicado por las mismas.

## **V. EL ART. 108.3 LJCA Y LA DEMOLICIÓN DEL INMUEBLE ILEGAL.**

### **I. El art. 108.3 LJCA.**

La lucha contra las construcciones ilegales se ha llevado a cabo tanto desde la perspectiva penal como administrativa. Ahora nos vamos a centrar en esta segunda. Sin embargo, no es nuestra intención realizar un estudio sobre la legislación urbanística, ni tan siquiera sancionadora, pues ello escaparía del objeto del presente artículo. Nosotros nos vamos a limitar única y exclusivamente a la reforma operada en 2015, por la cual se introduce el condicionamiento de la demolición a la previa constitución de garantías suficientes para pagar las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Del mismo modo y con la misma intención con la que el legislador decidió introducir un cambio en el art. 319, también lo hizo con el 108 LJCA. Así, mediante

la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se incorpora un tercer punto a dicho artículo, que versa como sigue:

“El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”<sup>40</sup>.

Debe quedar claro que la demolición y reposición no son sanciones administrativas en sí mismas consideradas. Se entienden como el modo en que se lleva a cabo el restablecimiento<sup>41</sup> de la legalidad urbanística.

De la lectura de ambos artículos, el 319.3 CP y este, podremos comprobar su gran similitud, y ello es así porque la intención del legislador con su introducción, como ya indicamos<sup>42</sup>, fue la misma: asegurar la constitución de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe con carácter previo a la demolición de la obra ilegal y reposición al estado originario de la realidad física alterada.

No obstante, este art. 108.3 LJCA sí que establece una excepción específica a dicho condicionamiento de la demolición, y es que la continuación de la obra en pie suponga un peligro inminente. En tal caso, es obvio que, ante el riesgo que ello supone, se podrá ordenar la demolición, aunque no se haya constituido garantía alguna previa. Si bien es cierto que ello no se indica expresamente en el art. 319.3 CP, entendemos que también sería perfectamente aplicable, pues es obvio que en este supuesto se da un riesgo que la comunidad ni puede ni debe asumir. También hay otra diferencia, que es la relativa al término más genérico “obra”, en el 319.3 CP, frente al más específico “inmueble” del 108.3 LJCA. En cualquier caso, ello no tiene trascendencia alguna para el presente artículo, dado el objeto del mismo.

## 2. La jurisprudencia del TS sobre el art. 108.3 LJCA.

Quizás la gran ventaja que presenta este art. 108.3 LJCA, frente al 319.3 CP, es que el TS ya ha fijado cuál debe ser su interpretación en diversas sentencias recientes. Así, de todas ellas, quizás la más interesante sea la STS (Sala 3ª) número 1191/2017, de fecha 11 de julio de 2018<sup>43</sup>, y ello porque en la misma se hace una

40 BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/22/pdfs/BOE-A-2015-8167.pdf>

41 En el ámbito legislativo, se utilizan indistintamente los términos restauración y reposición, referidos a la legalidad urbanística.

42 Ver nota al pie núm. 7.

43 STS (Sala 3ª) 11 julio 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2970)

recopilación de los fundamentos jurídicos<sup>44</sup> utilizados en todas las anteriores<sup>45</sup>. Así pues, a partir de la misma, se puede conocer cuál es la postura del TS sobre cómo y cuándo debe entrar en juego el art. 108.3 LJCA.

En primer lugar, a la luz de dicha jurisprudencia, debemos entender que la introducción de esa obligación de asegurar las garantías necesarias para el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe no supone, en modo alguno, un impedimento (ni siquiera temporal) a que se pueda llevar a cabo la ejecución de la demolición de la obra ilegal, si esta fue ordenada en sentencia<sup>46</sup>. En caso contrario, señala el TS, se estaría dejando vacío de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE<sup>47</sup>, pues a los jueces, además de juzgar, les corresponde ejecutar lo juzgado, tal y como nos recuerda el art. 117 CE<sup>48</sup>. En el mismo sentido, se expresa el art. 105.1 LJCA, cuando señala que “No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo”<sup>49</sup>. En relación a ello, nuestro más alto tribunal acaba concluyendo que: “el legislador no ha modificado el art. 105.1 LJCA cuya prohibición de suspender sigue vigente sin matiz alguno, sino que ha

44 *Ibid.* F.J. 2º: “Habida cuenta de que la jurisprudencia recaída sobre el artículo 108.3 LRJCA es todavía muy reciente, interesa dejar constancia de los aspectos más destacados que resultan hasta ahora de ella, pese a que el texto de esta resolución pudiera así extenderse más de lo habitual; máxime cuando el sentido de nuestros pronunciamientos precedentes determina de manera decisiva, además, la suerte del presente recurso, como podrá constatarse.”

45 Cita, de manera expresa, las siguientes: STS (Sala 3ª) 21 septiembre 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3297), STS (Sala 3ª) 21 marzo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1138), STS (Sala 3ª) 21 marzo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1139), STS (Sala 3ª) 25 mayo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2029), STS (Sala 3ª) 1 junio 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2178), STS (Sala 3ª) 18 junio 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2529).

46 F.J. 13º y 14º STS (Sala 3ª) 21 septiembre 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3297).

47 *Ibid.* F.J. 8º: “Para resolver esta cuestión, empezaremos recordando que, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE no solo alcanza a la fase declarativa sino que comprende también el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en resolución firme, evitando así que se convierta en meras declaraciones sin valor efectivo algo. En efecto, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, incluye el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos (...) Es por ello que, como contenido propio de este derecho fundamental, deba reconocerse el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos entendiéndose que tal ejecución se alcanza con la realización exacta y puntual del contenido del fallo. Así, resulta de lo establecido en los arts. 103.2 (forma y términos que la sentencia consigne), 104.1 (puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones del fallo), 105.1, 109.1 (total ejecución de la sentencia) LJCA, y por ello en relación al principio general contenido en el art. 570 LEC conforme al cual la ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor. La conexión entre el derecho a la ejecución de sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se convierte así en el punto de partida necesario a la hora de afrontar la interpretación y el alcance de esta nueva previsión normativa”.

48 En relación, en concreto, con la capacidad de hacer ejecutar lo juzgado de los jueces del orden contencioso-administrativo, merece destacarse el art. 103.1 LJCA: “La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia”.

49 Señala también la STS (Sala 3ª) 21 septiembre 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3297), en su F.J. 14º, que el supuesto previsto en el art. 108.3 no puede ser considerado como alguno de los dos únicos supuestos previstos en el punto 2 del art. 105, en los que se permite la inejecución o suspensión de la ejecución de una sentencia: imposibilidad material o imposibilidad legal.

Art. 105.2 LJCA: “Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

incorporado dicha medida dentro del art. 108 LJCA, precepto que tanto desde una perspectiva temporal como sistemática permite afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe<sup>50</sup>.

Por consiguiente, el juzgador, en el mismo proceso de ejecución de sentencia, deberá asegurar las garantías para hacer frente a las indemnizaciones debidas a terceros y proceder a la demolición de la obra ilegal. En palabras del TS, "se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar (*la indemnización por*) los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos"<sup>51</sup>.

En cuanto al término "indemnizaciones debidas" (a terceros de buena fe), el TS también delimita qué debe entenderse por tal concepto. Como a continuación veremos, el adjetivo "debidas" es el que induce a confusión. Así, para nuestro más alto tribunal ordinario, con este concepto, el legislador no se está refiriendo a indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles, que sería lo que se deduciría del adjetivo "debidas". En realidad, se nos dice, se le está obligando al juez a asegurar unas cantidades, que deberán ser estimadas a tanto alzado atendiendo al caso concreto, para así, en el caso hipotético de que, más adelante, se pueda llegar a considerar a

50 F.J. 13º STS (Sala 3ª) 21 septiembre 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3297).

51 *Ibid.*

ese tercero como de buena fe, quede garantizado que se le va a poder indemnizar<sup>52</sup>, pero siempre en otro procedimiento al margen del de ejecución<sup>53</sup>.

Respecto del vocablo “tercero de buena fe”, la Sala de lo Contencioso entiende por tales, en un sentido positivo, aquellos que “puedan invocar e instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización, condición que, consiguientemente, no puede circunscribirse a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral sino que ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados”<sup>54</sup>. Lo fundamental va a resultar que ese tercero no tuviera conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba la edificación, pues, en caso contrario, dejaría de ser acreedor de la buena fe. Como muy sabiamente señala nuestro TS, “la finalidad del nuevo art. 108.3 de la LJCA es dispensar protección a aquellas personas que disfrutaban de buena fe una edificación y, con posterioridad, una sentencia judicial ha ordenado su demolición por considerarla ilegal, sin que, tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba dicha edificación”<sup>55</sup>.

Desde luego, para el TS, el promotor o el titular de una licencia (que luego pueda ser anulada) no pueden ser considerados como terceros<sup>56</sup>. Además, para los Magistrados resulta evidente que “la condición de terceros de buena fe no

52 F.J. 4º STS (Sala 3ª) 21 marzo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1138): “Interpretar el sentido de la expresión “indemnizaciones debidas”, que en este caso se utiliza para referirse al deber genérico de indemnizar a los terceros de buena fe, que no es consecuencia de una concreta declaración previa reconociendo la condición de tercero y la indemnización que es debida sino de la valoración de las circunstancias concurrentes de las que se desprenda la incidencia que la ejecución de la sentencia pueda acarrear en cada caso para los terceros en general, de manera que sobre los mismos se proyecta una tutela judicial cautelar o de garantía al margen de la concreta declaración o reconocimiento de su derecho y, precisamente, para asegurar que, producida, en su caso, esa concreta declaración, resulte eficaz y no se vea frustrada de antemano mediante la ejecución de la sentencia de demolición. No se ajusta a esa interpretación la mantenida por la parte recurrente, que considera la expresión “indemnizaciones debidas” como indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles.”.

53 *Ibid.*: “El art. 108.3 no contempla pronunciamientos judiciales dirigidos a declarar la existencia de concretos terceros de buena fe, que hayan sufrido lesiones o daños que no tengan el deber de soportar y que, en consecuencia, deban de ser reparados en una determinada cuantía, pues lo que establece el precepto es que el órgano judicial, al margen de tales pronunciamientos, exija la prestación de las garantías suficientes para responder de su efectividad en la medida que puedan producirse. El precepto no introduce una fórmula o procedimiento para el reconocimiento de derechos de terceros de buena fe sino para garantizar que, cuando tal reconocimiento se produzca en la forma legalmente establecida, exista la garantía precisa para su efectividad.”.

54 *Ibid.* También se hace referencia a un sentido negativo del concepto “tercero de buena fe”, y es el siguiente: “la condición de tercero implica que el título de imputación de la responsabilidad, que se trata de reparar mediante la indemnización debida, es ajeno y no ha sido ni ha podido ser objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues en tal caso, titulares de licencia, promotores,... ha de estar al ejercicio de su derecho en el proceso y las declaraciones efectuadas al respecto de la sentencia, ya que el art. 108.3 trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo, sin que suponga reabrir una vía de tutela de quienes, no teniendo la condición de terceros en el proceso, pudieron hacer valer sus derechos en el mismo”.

55 F.J. 10º STS (Sala 3ª) 25 mayo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2029).

56 *Ibid.*: “Consecuentemente, el promotor que obtuvo la licencia declarada nula no puede ser considerado tercero de buena fe comprendido en el artículo 108.3 LRJCA. En primer lugar, porque como titular de la licencia ha sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerado tercero. En segundo lugar, el artículo 108.3, viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia

puede predicarse exclusivamente de los titulares de edificaciones que constituyan su vivienda habitual o el lugar donde desarrollan su actividad profesional, dado que tal restricción supondría dejar fuera de la protección del precepto el grueso de los supuestos reales que suelen afectar a residencias vacacionales o segundas residencias<sup>57</sup>.

Esta ha sido, a grandes rasgos, la doctrina jurisprudencial que la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha venido fijando respecto del art. 108.3 LJCA.

### 3. Cuestiones criticables sobre el art. 108.3 LJCA y su interpretación jurisprudencial.

La demolición del inmueble, en el ámbito administrativo, es el resultado de la restauración de la legalidad urbanística. Por tanto, dicha medida, en sí misma, resulta incuestionable. Tampoco cabe duda que tal demolición es susceptible de acarrear responsabilidad<sup>58</sup> frente a los terceros de buena fe que adquirieron el inmueble afectado, o tienen algún derecho sobre el mismo<sup>59</sup>.

Partiendo de las dos premisas anteriores, quizás lo que resulta verdaderamente criticable es la posición en la que ha dejado el TS al tercero de buena fe. Para conocer la interpretación auténtica del legislador, habría sido muy conveniente que en el preámbulo de la L.O. 7/2015 se hubiese hecho alguna referencia a las razones por las que se introduce ese tercer punto en el art. 108. De este modo, se habría garantizado una mayor seguridad jurídica, al conocer qué es lo que pretendía el legislador, con esta modificación normativa<sup>60</sup>. No obstante, es evidente que no

---

cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso”.

57 Ibid.

58 XIOL RÍOS, J.A.: “Artículo 108”, en AA.VV. (coord. E. Espín Templado): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 758: “La demolición del inmueble es susceptible de acarrear responsabilidad, en el orden civil o administrativo, respecto de las personas o entidades que promovieron la construcción o adquisición o las administraciones que autorizaron la construcción del inmueble ilegal, frente a quienes, fundados en la confianza derivada de los compromisos contraídos contractualmente u otorgados por las administraciones públicas, o cifrada en la presunción de legalidad de la autorización administrativa, acompañada en su caso de la inscripción registral, pudieron verse en definitiva defraudados en sus legítimos derechos e intereses que se relacionen con el disfrute o la capacidad de disposición sobre el inmueble (...) Entiendo, además, que las indemnizaciones procedentes no son solo las que puedan exigirse a particulares responsables o a la entidad que otorgó el uso del inmueble, sino también a la Administración que pudiera resultar responsable en virtud de su responsabilidad patrimonial por el funcionamiento normal o anormal del servicio público derivada de la ilegalidad de la licencia o del defecto en el ejercicio de las facultades de planeamiento, gestión o disciplina urbanística”.

59 Ibid.: “No es necesario que los derechos de terceros sean de dominio o de otro carácter real sobre el inmueble, sino que basta que, a juicio del órgano jurisdiccional, la demolición del inmueble pueda generar la obligación de indemnizar a terceros de buena fe por los derechos adquiridos en relación con la propiedad u otros derechos reales, o en relación con el uso del inmueble en virtud de compromisos contractuales de carácter arrendaticio o de otra naturaleza o de derechos reconocidos en virtud de actos administrativos”.

60 En este sentido, creemos oportuno traer a colación las palabras de MEDIAVILLA CABO, J.V.: “Reflexiones en relación al art. 108.3 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 43, 2017, p. 23: “Lo primero que llama poderosamente la atención es que el Preámbulo de la L.O. 7/2015 omite cualquier referencia a la nueva regulación que introduce vía apartado tercero del artículo 108 en la LJCA (...) La citada omisión no puede ser más que objeto de crítica, dado que resulta siempre conveniente que las exposiciones de motivos de los proyectos o los preámbulos de las leyes sirvan

podemos perder de vista los debates parlamentarios, y más teniendo en cuenta, como ya vimos, que este punto tercero se introdujo vía enmienda en el Senado. Por tanto, entendemos que las razones aducidas por el proponente para justificar la modificación, luego apoyada por ambas Cámaras, deben ser objeto de especial atención en la exégesis del artículo. Recordemos que el Senador DÍAZ TEJERA habla exactamente de condicionar la orden de demolición a la percepción de la indemnización. La idea, por tanto, que subyace no es otra que la de procurar que, primero, el tercero de buena fe sea indemnizado, y con carácter inmediatamente posterior, que se proceda a la demolición de la vivienda.

Sin embargo, como ya hemos comprobado al analizar la jurisprudencia, el TS ha llevado a cabo una interpretación estrecha de este condicionamiento. Así, se limita a indicar que la demolición y el aseguramiento de las garantías se deben efectuar en el mismo proceso de ejecución.

La opción por la que se ha inclinado el TS deja fuera del proceso de ejecución la posible obligación de indemnizar a los terceros de buena fe. Así, el afectado se podrá encontrar con el inmueble derribado y sin indemnización. Y si quiere poder obtener la misma, deberá acudir a otro procedimiento, con el desgaste económico y personal que ello provoca. Además, de conformidad con esta doctrina, el juez encargado de la ejecución deberá asegurar unas cuantías destinadas a responder por unas hipotéticas indemnizaciones que ni tan siquiera se sabe si, efectivamente, se estimarán o no en el futuro. No pensamos que esa fuera la verdadera intención del legislador.

Creemos que habría sido mucho más acertado plantear una interpretación que diese una solución global al problema. Así, con carácter previo a efectuar la demolición, entendemos que se debería resolver, en el mismo proceso de ejecución, vía incidental<sup>61</sup>, si procede o no la indemnización y a cuánto debe ascender la misma. Una vez solventada esta cuestión, asegurada la cuantía y previa puesta a disposición

---

precisamente para conocer el alcance y la fundamentación de las novedades que estas establecen, siendo esas consideraciones de gran valor o utilidad a efectos hermenéuticos para los operadores jurídicos, como ha señalado de forma reiterada el TC”.

61 Optamos por la vía incidental, prevista, con carácter general, en el art. 109 LJCA, porque creemos que es la más adecuada, habida cuenta que todo se podría resolver en el mismo proceso de ejecución, y bajo la dirección y el control del mismo juzgador, no desposeyéndole en ningún momento de su potestad jurisdiccional. No obstante, el Parlamento Cántabro aprobó la Ley 2/2011, por la que reguló, entre otros, un procedimiento expreso de responsabilidad patrimonial para supuestos en los que se declarase que una actuación administrativa, de carácter urbanístico, había sido declarada ilegal y que, como consecuencia de ello, se procedía a derribar el inmueble. En dicha norma se señalaba que solo se podría proceder a la demolición cuando hubiese finalizado el expediente de responsabilidad patrimonial, se hubiese determinado, en su caso, el importe de la indemnización, y se hubiese puesto a disposición del perjudicado la cantidad establecida. El apartado que regulaba esta cuestión fue declarado inconstitucional por la STC 22 abril 2013 (ECLI:ES:TC:2013:92). El argumento fue puramente competencial: El Derecho Procesal es una materia atribuida exclusivamente al Estado (art. 149.1.6 CE), y como en dicha norma autonómica se estaba legislando sobre una cuestión procesal, como es la suspensión de la demolición en el proceso de ejecución mientras se resuelve el expediente de responsabilidad patrimonial, es obvio que se estaba produciendo una invasión de competencias.

del afectado (si es que fue considerada procedente), se ejecutaría materialmente la demolición. De esta manera, quedarían perfectamente protegidos y conjugados el interés público, consistente en la restauración de la legalidad urbanística, y los intereses privados de los terceros de buena fe<sup>62</sup>. Esa, entendemos, era la exégesis acorde al espíritu de la norma, y no, desde luego, la llevada a cabo por el TS.

En este sentido, merece ser destacado el razonamiento de Mediavilla Cabo, a partir del análisis del término “indemnizaciones debidas” elegido por el legislador. Así pues, para este autor si la indemnización es debida “es porque es líquida, vencible y exigible y, además, tras la reforma, debe ser garantizada con anterioridad a la demolición. Si no presenta estas características es porque no es debida”<sup>63</sup>. Para que una deuda reúna las tres características antedichas, es necesario que ya haya sido determinada. Por tanto, no cabe hablar de indemnizaciones debidas para referirse a indemnizaciones futuribles e hipotéticas.

Bajo nuestro criterio, como ya hemos indicado, el modo en que dicha indemnización puede ser determinada es, precisamente, el de la vía incidental en el procedimiento de ejecución, ya que, en el mismo, como señala el citado autor, se podrán concretar “el alcance de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe y su aseguramiento. Todo ello, bajo la directa y exclusiva supervisión del órgano judicial, que retiene la competencia para la ejecución de la sentencia, sin que se produzca desapoderamiento alguno”<sup>64</sup>. Y, además, las indemnizaciones no solo deberán estar fijadas y aseguradas con carácter previo a la demolición, sino también garantizado su pago. Como muy sabiamente afirma Mediavilla Cabo, “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sin que medie la previa y justa indemnización por el valor de los derechos que van a ser objeto de ablación y garantizado su pago”<sup>65</sup>.

## VI. CONCLUSIONES.

Primera.- En la modificación de los arts. 319 CP y 108 LJCA los grupos de presión constituidos, en buen número, por residentes jubilados europeos, tuvieron un papel fundamental.

Segunda.- Dicha modificación condiciona la demolición de la vivienda y la reposición al estado original del terreno afectado, a la previa constitución de

---

62 Esta ha sido también la interpretación que le ha dado MEDIAVILLA CABO, J.V.: “Reflexiones en”, cit., p. 30: “El art. 108.3 trata de armonizar los intereses públicos y privados que coexisten. Los públicos consistentes en que se restablezca la legalidad urbanística infringida, y nótese a estos efectos que, como he señalado, la medida de exigencia no está prevista para cualquier supuesto, y los privados en que se repare el daño causado por la demolición antes de que esta acontezca, reparación que, en modo alguno puede considerarse que afecte negativamente al interés general”.

63 *Ibid.* p. 36.

64 *Ibid.* p. 32.

65 *Ibid.* pp. 38 y 39.

garantías suficientes para hacer frente a las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe.

Tercera.- Con esta reforma, el legislador pretendía conjugar la consecución de dos intereses: el público, consistente en la restauración de la legalidad urbanística, y el privado, de los terceros de buena fe, de tal modo que la consecución de aquel no provocase un perjuicio a quien no solo no es responsable de tales ilegalidades, sino que además aparece como perjudicado por las mismas.

Cuarta.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha dictado una abundante jurisprudencia, a lo largo de estos dos últimos años, en la que ha fijado doctrina sobre cómo debe ser entendido el art. 108.3 LJCA.

Quinta.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha manifestado que en el mismo proceso de ejecución, el juez deberá asegurar la constitución de garantías suficientes para hacer frente a las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe y proceder a ejecutar la demolición. En todo caso, ha indicado de manera taxativa, que la incorporación del punto tercero al art. 108 no supone que se pueda suspender (ni tan siquiera temporalmente) el derribo del inmueble. Derivado de ello, paradójicamente el tercero de buena fe se podrá encontrar con la vivienda demolida y sin haber recibido aún ninguna indemnización.

Sexta.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha interpretado que, con el término "indemnizaciones debidas" previsto en el art. 108.3 LJCA, el legislador no se está refiriendo a aquellas que resulten líquidas, determinadas y exigibles, sino a las que podrán ser fijadas hipotéticamente en el futuro, en otro procedimiento distinto al de la ejecución de sentencia, condenando así al tercero de buena fe a una peregrinación administrativa y/o judicial, si quiere poder obtener dicha indemnización.

Séptima.- Consecuencia de la anterior, el TS ha entendido que el mandato al juzgador de asegurar la constitución de garantías suficientes para hacer frente a las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe, se limita a la obligación impuesta al juez encargado de la ejecución, de cerciorarse que se den las garantías suficientes con las que se pueda cubrir una cuantía estimada a tanto alzado equivalente a una futura e hipotética indemnización. Con esta medida cautelar se pretende que, si en el futuro, a dicho tercero se le reconociera el derecho a ser indemnizado en otro procedimiento (administrativo o judicial), su expectativa de cobro no quede frustrada.

Octava.- La labor hermenéutica llevada a cabo por la Sala Tercera del TS respecto del art. 108.3 LJCA creemos que contraviene el espíritu e incluso la letra de la propia norma. Así pues, entendemos que el legislador, y así se deduce de la lectura del Diario de Sesiones, lo que pretendía era darle una solución global al problema, y no diferir

parte del mismo. Quizás una exégesis correcta del artículo habría sido aquella que estableciese que, con carácter previo a efectuar la demolición, se debería resolver, en el mismo proceso de ejecución, vía incidental, si procede o no la indemnización y a cuánto asciende la misma. Una vez solventada esta cuestión, asegurada la cuantía y previa puesta a disposición del afectado (si es que fue considerada procedente), se ejecutaría materialmente la demolición. De esta manera, quedarían perfectamente protegidos y conjugados el interés público y los intereses privados de los terceros de buena fe. Esa, entendemos, era la interpretación acorde al espíritu y la letra de la norma, y no, desde luego, la llevada a cabo por la Sala Tercera del TS.

## BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, Bosch, Barcelona, 2011.

BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *Los delitos urbanísticos*, Atelier, Barcelona, 2007.

FERRANDO BADÍA, J.: "Grupos de interés, de promoción y de presión. Institucionalización de los grupos de presión", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 213-214, 1977.

GÓRRIZ ROYO, E.: "Delitos sobre la ordenación del territorio: el condicionamiento temporal de la demolición a la constitución de garantías (art. 319.3 CP)", en AA.VV. (Dir. J.I. González Cussac): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (TOL5.009.902).

GÓRRIZ ROYO, E.: "Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del artículo 319 CP", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

JEREZ MIR, M. J.: "Los grupos de presión", en AA.VV.: *Manual de Ciencia Política* (coord. R. Del Águila), Trotta, Valladolid, 1997.

MEYNAUD, J.: *Los grupos de presión*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ORTEGA MONTORO, R. J.: "A propósito de la reforma de la medida de demolición de los delitos urbanísticos en la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal", en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1/2016 (SMARTECA).

QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ROMÁN GARCÍA, F.: "Los delitos sobre la ordenación del territorio", en AA.VV.: *Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente)*, Comares, Granada, 1997.

SÁNCHEZ ROBERT, M.J.: "La demolición de obra en los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo", en AA.VV. (dir. L. Morillas Cueva): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.

SOLAZ SOLAZ, E.: "La ordenación del territorio y el urbanismo: El delito del artículo 319 del Código penal", *La Ley Penal*, núm. 16, 2015 (SMARTECA).

XIOL RÍOS, J. A.: "Artículo 108", en AA.VV. (coord. E. Espín Templado): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.