

**TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 5.^a, de 4 de febrero de 2009
Recurso 1745/2007. Ponente: RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se ha seguido el recurso número 4619/1996, promovido por D. Juan Pablo , y en el que ha sido parte demandada el AYUNTAMIENTO DE VIGO, la JUNTA DE GALICIA y CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES INTERNACIONALES, S. L., sobre ejecución de licencia de obras.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó auto con fecha 13 de marzo de 2006 del tenor literal siguiente: "LA SALA ACUERDA: No haber lugar al incidente de nulidad promovido por el Procurador Sr. RODRÍGUEZ SIABA en nombre y representación de los Propietarios del Edificio de las CALLE000 NUM000 - NUM001 y DIRECCION000 NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 y no haber lugar al incidente de ejecución promovido por el Letrado de los servicios jurídicos del Excmo. Concello de Vigo. Sin hacer imposición de costas. Requierase al Ayuntamiento a fin de que proceda a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de fecha 18-2-1999 según lo aquí ordenado, medidas que han de incluir también las conducentes a la práctica de las correspondientes inscripciones registrales".

Interpuesto por el Ayuntamiento de Vigo, recurso de súplica contra el auto antes indicado, en fecha 21 de noviembre de 2006 se dictó auto con la parte dispositiva siguiente: "LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Ayuntamiento de Vigo contra el auto de 13 de marzo de 2006 por el que se declaró no haber lugar al incidente de inejecución promovido por dicho Ayuntamiento; sin hacer imposición de las costas".

TERCERO.- Contra dicho auto se preparó recurso de casación por el AYUNTAMIENTO DE VIGO, y elevados los autos y el expediente administrativo a este Alto Tribunal, por el recurrente se interpuso el mismo, admitiéndose por providencia de fecha 28 de enero de 2008, y sustanciándose por sus trámites legales.

CUARTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 21 de enero de 2009, en cuya fecha ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE , Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en estos recursos de casación el Auto que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó en fecha de 21 de noviembre de 2006, por el que fue desestimado el recurso de súplica formulado por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE VIGO , contra el anterior Auto, de la misma Sala, de fecha 13 de marzo de 2006 , dictado en el Incidente de inejecución de sentencia del recurso contencioso administrativo número 4619/1996 , promovido por D. Juan Pablo.

Los mencionados Autos fueron dictados en ejecución de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha de 18 de febrero de 1999; sentencia por la que fue parcialmente estimado el mencionado recurso contencioso administrativo número 4619/1996 formulado por D. Juan Pablo contra (1) Acuerdo de la Comisión

de Gobierno del AYUNTAMIENTO DE VIGO , de fecha 8 de marzo de 1996 (por el que le fue concedida licencia de obras a la entidad CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES INTERNACIONALES, S. L. ---COMPROINT, S. L.--- para construir dentro del ámbito de PERI "I-02 JACINTO BENAVENTE"), así como contra (2) Acuerdo del Consejo de Gobierno de la JUNTA DE GALICIA , de 29 de abril de 1993 (de aprobación definitiva del Expediente de subsanación de deficiencias de la adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Vigo a la Ley de Adaptación del Suelo de Galicia); anulándose exclusivamente el primero de los Acuerdos impugnados, de 8 de marzo de 1996.

La misma devino firme al ser desestimado el recurso de casación 4059/1999 interpuesto contra la misma por la entidad COMPROINT, S. L. , mediante la STS de esta Sala de fecha de 27 de diciembre de 2002 .

Solicitada la ejecución de sentencia, en fecha de 31 de octubre de 2003, y, reiterada en fechas de 2 de mayo y 7 de julio de 2005 (tras la comunicación municipal de haberse iniciado expediente de legalización), por Providencia de la Sala de fecha 17 de octubre de 2005 se acordó que "no constando dicha demolición ni habiéndose planteado en debida forma incidente de inejecutabilidad de la sentencia resolutoria del presente proceso, requiérase nuevamente a la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Vigo a fin de que en el plazo de UN MES se proceda a cumplimentar tal ejecución".

Promovido en fecha de 9 de septiembre de 2005 por el Ayuntamiento de Vigo Incidente de Ejecución de sentencia, y solicitada por los PROPIETARIOS DE LOS EDIFICIOS DE LA CALLE000 NUM000 - NUM001 y DIRECCION000 NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 Nulidad de la sentencia, Litisconsorcio pasivo, Incidente de Inejecución de la sentencia por causa legal e Incidente de Ejecución de sentencia, fueron dictados por la Sala de instancia los dos Autos objeto del presente recurso de casación:

1º. Por Auto de 13 de marzo de 2006 se acordó: "No haber lugar al incidente de nulidad promovido por el Procurador Sr. RODRÍGUEZ SIABA en nombre y representación de los Propietarios del Edificio de las CALLE000 NUM000 - NUM001 y DIRECCION000 NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 , y NUM006 y no haber lugar al incidente de ejecución promovido por el Letrado de los servicios jurídicos del Excmo. Concello de Vigo. Sin hacer imposición de costas".

2º. Por auto de 21 de noviembre de 2006 se desestimó el recurso de súplica formulado por el Ayuntamiento de Vigo contra el anterior Auto.

SEGUNDO.- Los Autos de 13 de marzo y 21 de noviembre de 2006, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Galicia que ahora se recurren en casación decidieron rechazar las pretensiones deducidas fundamentando su decisión en los siguientes términos:

A) Auto de 13 de marzo de 2006

En relación con el Incidente de nulidad de sentencia promovido por los Propietarios de los Edificios afectados, se señaló que "No puede prosperar la petición de nulidad promovida en relación a la sentencia resolutoria del presente proceso ya que aún con independencia de que ningún elemento de prueba se aporta sobre la fecha de adquisición de las viviendas en todo caso resulta por completo inverosímil que los ahora personados en fecha 7-11-05 desconocieran las circunstancias relativas a la ejecución de dicha sentencia, de evidente y notoria relevancia y conocimiento en la ciudad de Vigo y cuando el propio Ayuntamiento de Vigo apuntó en junio de 2005 la realización de las comunicaciones a los propietarios de las viviendas, resultando de todo ello que difícilmente puede acomodarse a la buena fe una alegación de ignorancia en tales circunstancias, alegaciones que en definitiva no merece ser acogida siendo de considerar que los nuevos personados no respetaron el plazo de 20 días previsto en el art. 241 de la LOPJ para instar la nulidad, rechazo de sus pretensiones que es compatible con la admisión de su personamiento para las actuaciones sucesivas".

Y, en cuanto a la inejecución de la sentencia planteada por el Ayuntamiento de Vigo, la Sala de instancia expuso que "Carece de toda base la solicitud planteada por el Ayuntamiento de Vigo en

cuanto a la ejecución de la sentencia. Una vez más es preciso recordar que en aplicación del criterio jurisprudencial plasmado en la sentencia del TS de fecha 7-6-05 la ejecución de la sentencia obliga a la adopción de las medidas necesarias de demolición de las obras que resultan carecer de la licencia como consecuencia de la anulación acordada en dicha sentencia siendo por completo inaceptable que la demolición así procedente según lo acordado por la Sala se haga depender de un nuevo expediente de protección de legalidad urbanística".

B) Auto de 21 de noviembre de 2006 :

Al resolver el recurso de súplica formulado por la parte recurrente, la Sala de instancia señaló que "No existe base para acoger el recurso de súplica promovido por el Ayuntamiento de Vigo, ante la aplicabilidad en este caso del apuntado criterio respecto a que la ejecución de la sentencia obliga a la adopción de las medidas necesarias de demolición de las obras que resultan carecer de la licencia como consecuencia de la anulación acordada en dicha sentencia siendo por completo inaceptable que la demolición así procedente según lo acordado por la Sala se haga depender de un nuevo expediente de protección de legalidad urbanística, ni de una meramente hipotética posibilidad futura de legalización cuando más bien se presenta como una voluntad dilatoria y de indefinido retraso en la ejecución de una sentencia dictada en el año 1999".

TERCERO.- Contra estos Autos, de 13 de marzo y 21 de noviembre de 2006 , ha interpuesto el AYUNTAMIENTO DE VIGO recurso de casación en el que se esgrimen tres motivos de impugnación, articulados al amparo del artículo 87.1.c) en relación con el 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) :

1º. En el primer motivo se fundamenta en que la sentencia dictada es meramente declarativa así como en la necesidad de tramitar un procedimiento administrativo para restaurar la legalidad urbanística infringida, considerándose, al efecto, infringidos los artículos 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ), 517.2.1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), 107 de la LRJCA, 68 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), 184 y siguientes del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (TRLS76), y 29 y siguientes del Reglamento de Disciplina Urbanística (RDU), aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio , así como la jurisprudencia que los desarrolla.

2º. El segundo motivo se fundamenta en la vulneración del principio de proporcionalidad así como en existencia de abuso del derecho en el ejercicio de la acción pública, considerando, por ello, infringidos los artículos 9.3 de la Constitución Española, 105.2 de la LRJCA, así como 6.4 y 7 del Código Civil.

3º. En el tercer motivo la infracción se fundamenta en la indefensión producida de los terceros afectados, así como del principio de protección registral, considerándose infringidos los artículos 24 de la Constitución Española, 7.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial , y, 34 de la Ley Hipotecaria.

Los motivos, sin embargo, no pueden prosperar.

CUARTO.- En relación con el primero de los motivos el Ayuntamiento recurrente considera infringidos los preceptos de precedente cita por cuanto si bien la sentencia de instancia cuya ejecución se pretende procedió a la anulación de la licencia de obra litigiosa, ello no lo fue por vicios intrínsecos de la licencia sino como consecuencia de una previa anulación ---por la Sentencia de la propia Sala de 26 de marzo de 1998 --- del Plan Especial de Reforma Interior "I-02 Jacinto Benavente", deduciendo, además, de la lectura del fallo de la sentencia que nos ocupa dos circunstancias, en las cuales insiste en el desarrollo del motivo: De una parte que en el fallo de la sentencia no se incluyó ninguna condena hacia la Administración municipal de materializar una determinada actividad, procediendo al derribo de lo edificado al amparo de la sentencia; y, de otra parte, que la misma sentencia no declaró ilegalizable la edificación ejecutada al amparo de la licencia anulada.

En dos preceptos de la vigente LRJCA se hace referencia a lo que pudiera considerarse el contenido o ámbito de la ejecución de las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional

contencioso-administrativo. De una parte, en el artículo 103.2 se dice que "las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan"; y, de otra, en el artículo 104.1 del mismo texto legal ---al determinar la finalidad con la que se remite comunicación a la Administración demandada para el cumplimiento de las sentencias---, de forma expresa, se señala que tal comunicación cuenta con un mandato consistente en llevar "a puro y debido efecto" la sentencia cuya ejecución se pretende. Términos que vienen a coincidir con el inciso final del artículo 103.2 LRJCA56 , que, al concretar el principio de colaboración en el cumplimiento de las sentencias, expresamente señalaba que la finalidad requerida por el mismo principio no era otra que "la debida y completa ejecución de lo resuelto" ; de conformidad con lo anterior, y para conseguir tal debida y completa ejecución, el citado artículo 104.1 habilita ---con evidente amplitud--- al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la sentencia con la finalidad de que el mismo "practique lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo" .

En consecuencia, el contenido de la ejecución de las sentencias debe extraerse de los términos en que se expresa el fallo de la misma (esto es, de la forma y términos de su parte dispositiva), para alcanzar así una determinada finalidad, que no es otra que conseguir el efecto pretendido en la declaración jurisdiccional; para ello se articulan un amplio capítulo de medidas con la expresada finalidad, disponiendo en tal sentido la Ley que tales amplias medidas vienen determinadas por "lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo" .

La amplitud de los términos en que se expresa el texto legal permiten deducir, con absoluta claridad, que el contenido de la ejecución de la sentencia tiene una doble perspectiva, por cuanto, de una parte, el Tribunal y la Administración han de llevar a cabo (1) una determinada actividad jurídica, transformadora o eliminadora de los mandatos jurídicos a cuya anulación se ha procedido jurisdiccionalmente; y, de otra parte y como consecuencia de tal actividad, en determinadas ocasiones, será --- además--- preciso, con un carácter complementario, llevar a cabo (2) una actividad de índole material, transformadora de la realidad material, y que surge como consecuencia del anterior pronunciamiento de nulidad y de la consiguiente actividad jurídica complementaria.

Si nos situamos en el ámbito del presente recurso, hemos de constatar que de lo que se trata es de ejecutar una sentencia que ha procedido a la anulación de un Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Vigo por el que fue concedida licencia de obras para la construcción de un determinado edificio, sin que ---efectivamente--- en la parte dispositiva de la mencionada resolución se contuviera mandato alguno relativo a la demolición de lo edificado al amparo de la expresada licencia.

Ello, sin embargo, no debe ser obstáculo para proceder a la demolición de lo así construido tal y como ---con corrección--- ha decidido la Sala de instancia; esto es, a tal declaración ---jurídica--- de nulidad de una licencia le sigue, como complemento material, la demolición de lo indebidamente construido con fundamento en la licencia anulada. Así, por ejemplo, se encuentra declarado en las SSTs de 7 de febrero de 2000 y 15 de octubre de 2001 , en las que este Tribunal Supremo, siguiendo una reiterada doctrina de la Sala, señaló que "la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística".

En síntesis, pues, el fallo de la sentencia implica necesariamente una inicial actividad jurídica transformadora de los pronunciamientos jurídicos anulados, así como una consiguiente actividad material transformadora de la realidad sobre la que recayeron los pronunciamientos jurídicos de referencia. Una sentencia de este tipo supone, pues, suprimir del ámbito el título que la licencia implicaba y eliminar del ámbito material lo indebidamente construido al amparo de un título que ha devenido nulo. Pero, establecida esta regla general, de forma inmediata hemos de realizar algunas matizaciones que conectan con el contenido exacto de la ejecución de la sentencia que, a su vez, dependerá de los distintos pronunciamientos que la misma puede contener, sobre todo cuando se está en presencia de sentencias que tienen alguno de los contenidos estimatorios, a las que se refiere el artículo 71 de la vigente LRJCA ; así debemos distinguir dos tipos diferentes

de sentencias:

1. La sentencia estimatoria que exclusivamente estima o acoge una pretensión anulatoria. En el apartado a) del artículo 71.1 se contempla el pronunciamiento necesario de este tipo de sentencia estimatoria de un recurso contencioso-administrativo, al señalarse que "declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada". Son dos, pues, las declaraciones, judiciales o administrativas, que pueden producirse como consecuencia de la genérica declaración de disconformidad con el ámbito jurídico: (1) de una parte, el artículo 71.1 .a) contempla lo que sería una estricta actuación de carácter jurídico consistente en anular "total o parcialmente la disposición o el acto administrativo recurrido"; esto es, la existencia de una anterior actuación jurídica concretada en una norma reglamentaria o en un simple acto administrativo (en este caso, el Acuerdo de concesión de la licencia de obras), exige necesariamente una declaración anulatoria como consecuencia de la disconformidad con el ordenamiento jurídico de la expresa norma reglamentaria o acto administrativo. Pero (2), a la vista de la ampliación que en la presente Ley tiene el ámbito del recurso contencioso-administrativo (incluyendo en el mismo no solamente las anteriores "actuaciones jurídicas" sino también la inactividad de la Administración y la actuación material por vía de hecho), es evidente que ante tales tipos de actuaciones no basta con una simple declaración anulatoria, por lo que el precepto de referencia concluye señalando que, ante tal situación la sentencia "dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada", concepto en el que, sin duda, debe incluirse, con carácter previo, la declaración de nulidad en relación con la inactividad de la administración o la simple vía de hecho.

2. Junto a la anterior sentencia, el precepto (71 LRJCA) se refiere a otro tipo de sentencia, la sentencia estimatoria de pretensión de reconocimiento de situación jurídica individualizada. Este segundo supuesto de contenido estimatorio de la sentencia, que se contempla en el artículo 71.1.b) de la LRJCA, hace referencia al recurso en el que se ejercita una pretensión de "reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada", señalándose que, si se hubiese ejercido tal pretensión, el fallo de la sentencia "reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma"; de tal pronunciamiento se deduce la existencia de una decisión jurídica del Juez o Tribunal, consistente en el concreto reconocimiento jurídico de la situación, seguida de una decisión, de enorme amplitud, puesto que sin duda alcanza a las medidas de carácter material, dados los términos en que el artículo de referencia permite pronunciarse a la sentencia; esto es, para materializar el anterior reconocimiento la LRJCA obliga al juzgador, ya en la parte dispositiva de la sentencia, a adoptar "cuántas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma". Esto es, del anterior pronunciamiento se desprende que el legislador anticipa al momento de la sentencia la posterior ejecución de la misma, por cuanto la adopción de las medidas a que se viene haciendo referencia se contempla en la misma sentencia y no en la posterior resolución que acuerde la ejecución de la anterior.

Con tales precedentes hemos de responder ---en el ámbito urbanístico en el que nos situamos el presente recurso--- a la cuestión de si, para proceder a una demolición urbanística, tal actuación debe de figurar expresamente en la parte dispositiva de la sentencia.

A ello responde, entre otras, la STS de 7 de junio de 2005, en la que se deja constancia de la siguiente doctrina: "... tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición de aquéllas; de suerte que, ni la sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia (por todas, pueden verse las sentencias de 3 de julio de 2000, 19 de noviembre de 2001 y 26 de julio de 2002, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 2061/1995, 4060/1999 y 3303/2000); y en términos sumamente expresivos, se afirma en la sentencia de 29 de noviembre de 1995, dictada en el recurso de apelación número 4443/1991, lo siguiente: "[...] si bien se lee el suplico de la demanda, los actores se limitan en él a solicitar la anulación de la aprobación del proyecto de parcelación y la anulación de las licencias y la consiguiente demolición de las obras, sin que pueda decirse que al pedir esto último estaban ejercitando una pretensión de plena

jurisdicción [...]"

Así en la STS de 26 de septiembre de 2006 se expone que " ... el pleito versó precisamente sobre la conformidad o no a derecho del acuerdo municipal que ordenó demoler las plantas NUM001, NUM002 y NUM003 del edificio en cuestión y la sentencia declaró ajustado a derecho tal acuerdo mandando que se ejecutase y se procediese, en consecuencia, a la correspondiente demolición, de manera que no estamos ante la demolición de una edificación como consecuencia de la anulación de una licencia sino ante una orden municipal de demolición declarada ajustada a derecho por una sentencia firme, por lo que resulta inexplicable que, al articular los motivos de casación, se asegure que la denegación de la inejecución solicitada no se ajusta a lo dispuesto en la parte dispositiva de la sentencia o que se alegue vulneración del derecho de los comuneros a una buena administración por haberse demorado tanto el Ayuntamiento en cumplir la sentencia, circunstancia esta que nunca sería razón para dejarla de cumplir sino, en su caso, para exigir las correspondientes responsabilidades por el incumplimiento, lo que el Tribunal a quo promovió oportunamente al deducir el correspondiente testimonio, que remitió al Ministerio Fiscal".

Por su parte la STS de 4 de octubre de 2006 ---cuya doctrina reitera la posterior de 9 de noviembre de 2006 --- recordó que "En la STS de 7 de febrero de 2000 , entre otras muchas, señalamos, siguiendo una reiterada doctrina de la Sala, que "la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística (...) Como hemos señalado en otras ocasiones, ello es así "aunque el derribo ... sea una medida gravosa y suponga en sí misma costos elevados"; son, sin duda, los invocados con base en los argumentos expresado, derechos respetables y argumentaciones dignas de consideración, pero sin potencialidad jurídica suficiente para enervar la ejecución de una sentencia firme. La propia Exposición de Motivos de la vigente LRJCA señala que la misma "ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso administrativo". Y en tal sentido, añade que "el punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe", lo cual, a su vez, entronca "directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos", por cuanto "la negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas".

Esto es, que la demolición de lo construido al amparo de una licencia de obras jurisdiccionalmente anulada ---aplicando la anterior diferenciación de sentencias: 71.1.a) y 71.1.b)--- no supone el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, al no tratarse, pues, de una respuesta a una pretensión de plena jurisdicción, sino, mas bien, una consecuencia irremisiblemente derivada de una declaración de nulidad jurisdiccional. Y ello, con independencia de que la citada demolición hubiera sido solicitada, o no, en el suplico de la demanda, y hubiera sido, o no, expresamente declarada en el fallo de la sentencia dictada.

QUINTO.- En el mismo motivo el Ayuntamiento recurrente plantea la posibilidad de legalización de lo construido.

Pues bien, en escrito presentado ante la Sala de instancia, en fecha de 17 de junio de 2005 , el Ayuntamiento recurrente puso de manifiesto que con fecha de 6 de junio anterior el Vicepresidente de la Gerencia Municipal de Urbanismo había ordenado, de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1/1997, del Suelo de Galicia (y 56 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Galicia), la incoación de expediente de protección de la legalidad urbanística en relación con el edificio construido al amparo de la licencia de obras anulada; no obstante ---tras las alegaciones del ahora recurrido--- recayó Providencia de la Sala de instancia de fecha 17 de octubre de 2005 , en la que se reiteraba a la Gerencia Municipal la obligación de cumplimentar la ejecución de la sentencia, ya que, según se expresaba: "... no constando dicha demolición ni habiéndose planteado en debida forma incidente de inejecutabilidad de la sentencia resolutoria del presente proceso". Providencia que devino firme.

Con fecha de 9 de noviembre de 2005 el Ayuntamiento volvió a plantear Incidente de ejecución de sentencia en términos similares a los que ahora se reiteran en el presente recurso de casación (sentencia solo declarativa y exigencia de tramitación de procedimiento administrativo de protección de la legalidad urbanística); escrito respondido con el Auto de 13 de marzo de 2006 , objeto del presente recurso.

Pues bien, tampoco desde esta segunda perspectiva el motivo puede ser acogido. Desde esta segunda perspectiva, y por lo que hace referencia a la imposibilidad legal de ejecución de sentencia que examinamos, se viene incluyendo, dentro del citado concepto, lo que, en realidad, es una simple imposibilidad de carácter administrativo, la cual se produce habitualmente en el ámbito del urbanismo mediante la aprobación ---con posterioridad a una resolución jurisdiccional--- de un nuevo planeamiento que viene a adaptarse a, o "legalizar", la actuación previamente anulada. Los pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo son suficientemente conocidos: Así en la STS de 22 de enero de 1997 el Tribunal Supremo señaló que "El artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa permite declarar inejecutable una sentencia por causa de "imposibilidad legal de ejecutarla", y una de las causas de imposibilidad es, como en el presente caso, el cambio de planeamiento derivado del "ius variandi" urbanístico de la Administración, que impide la ejecución de la sentencia, por haber devenido ilegal la pretensión de la actora como consecuencia del cambio de planeamiento (en efecto, es claro que no puede redactarse un Plan Parcial sobre un suelo no urbanizable), un cambio, por cierto, no iniciado por el Ayuntamiento a la vista de la sentencia, sino comenzado ya antes de que el actor hiciera su petición inicial ...,

Por lo demás, la procedencia de declarar inejecutables las sentencias en ciertos casos por imposibilidad legal de ejecución en razón del posterior cambio de planeamiento urbanístico ha sido admitida por esta Sala en sentencia de 30 de Noviembre de 1996, dictada en el recurso de casación 6872/93 , con base no sólo en el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional sino también en el 18-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985 ".

Y en la STS de 30 de enero de 2001 se añadió que "Tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como el 105.2 LJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la "potestas variandi" de la Administración Urbanística (sentencia de 21 de enero de 1999 , y las que en ella se citan). Sin embargo, como hemos declarado en sentencia de 23 de julio de 1998 , no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización "ex post facto" de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare esta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia".

Las SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004 se expresaron en los siguientes términos "Conviene recordar que el artículo 103.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , dispone que "Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento", añadiendo el mismo precepto, en su número 5 , que "El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley ".

Lógica consecuencia de lo anterior, ya en el ámbito material ahora concernido, es que, si bien la

Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico.

En esta misma línea, la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2001, dictada en el recurso de casación número 3655 de 1996, no aceptó la legalización municipal de unas obras declaradas ilegales, pues (fundamento de derecho octavo) no se ha demostrado que la modificación del planeamiento (revisión del Plan de Ordenación de Tarragona) que el Ayuntamiento ha opuesto a la ejecución de la sentencia tenga otra justificación que la de impedir la ejecución, razonando antes, en su fundamento de derecho séptimo, lo siguiente:

"[...] Sobre el problema más concreto de si una modificación del planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia anuló, del examen de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sólo puede concluirse lo siguiente: esa modificación no será causa de inejecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute".

Y, por su parte, la STS de 15 de junio de 2004, expuso lo siguiente: "Al haberse declarado implícitamente la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, cuya decisión no ha sido eficazmente combatida en casación, pues se ha aducido a tal fin una cuestión no planteada en la instancia, según hemos dejado expuesto, dicha inejecución, en contra del parecer de la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, está amparada por lo dispuesto en el artículo 105.2 de la vigente Ley Jurisdiccional, que recoge lo que establecían los artículos 105 a 107 de la anterior, razón por la que, como indicamos en nuestra Sentencia de 4 de mayo de 2004 (recurso de casación 2415/2000), al interpretar lo dispuesto en el citado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, es conforme a derecho sustituir la ejecución de la sentencia en sus propios términos por una indemnización de daños y perjuicios derivados de la inejecución".

Debemos destacar una reiterada línea jurisprudencial de este Tribunal Supremo que incide en la forma de articular ante el órgano jurisdiccional competente las mencionadas causas de imposibilidad.

En la STS de 26 de septiembre de 2006, cuya doctrina sigue la de 10 de noviembre de 2006, se ha puesto de manifiesto que "Con la prueba pericial, tendente a demostrar que el nuevo planeamiento permitiría legalizar el edificio ilegalmente construido en su día, tampoco se conseguiría una declaración de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia de demolición, dado que la aprobación de un nuevo planeamiento urbanístico no es por sí sola razón para tener por legalizada una obra ejecutada en contra del ordenamiento vigente al tiempo de su construcción, ni el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 105 de la Ley Jurisdiccional tiene por objeto declarar legalizada la obra en cuestión sino controlar si resulta ajustada a derecho la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, que la Administración obligada a ello considera que concurre, de modo que, en el supuesto de que no sea dicho órgano obligado al cumplimiento de la sentencia el que promueva el incidente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, el interesado en la declaración de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia debe acreditar ante el Juez o Tribunal competente para ejecutarla que la Administración, sobre la que pesa el deber de ejecutar la sentencia, ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de tal imposibilidad, bien por ser procedente la legalización de la obra bien por resultar materialmente imposible ejecutarla, pues, de lo contrario, la sentencia tendrá que ejecutarse en sus propios términos de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución, 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 103 a 105 de la Ley Jurisdiccional".

Por consiguiente, una prueba pericial, tendente a demostrar en el incidente promovido ante el Tribunal que la obra sería legalizable con arreglo al ordenamiento urbanístico aprobado después o que resulta materialmente imposible la demolición, deviene irrelevante sin una previa solicitud a la Administración obligada a ejecutar la sentencia, cuya resolución expresa o tácita siempre será susceptible de control jurisdiccional en el incidente regulado en el citado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción. De aquí, la corrección jurídica del argumento expuesto por la Sala de instancia en orden a rechazar lo solicitado por la Comunidad de Propietarios, declarando que "únicamente si se adoptan por la Administración demandada los acuerdos en relación con la

legalización de la obra litigiosa podría entonces esta Sala valorar, en primer lugar, si tal decisión municipal presenta una apariencia de razonabilidad o seriedad que la separe de lo que sería una vía torticera indirecta de incumplimiento de lo ordenado en la Sentencia, y sólo a partir de esos acuerdos municipales se podrían valorar también las circunstancias relativas a la proporcionalidad y en consecuencia a la ejecutabilidad de la sentencia e incluso, llegado el caso, a la posibilidad de ir a una ejecución sustitutoria por vía de indemnización".

(...) Repetimos que fue acertado el criterio del Tribunal a quo al desatender la pretensión de la Comunidad de Propietarios recurrente porque no basta, para tener por legalizada una obra, con que se apruebe un nuevo planeamiento urbanístico sino que debe instarse del órgano competente la oportuna legalización, cuya resolución al respecto, ya sea expresa o tácita, será susceptible de control jurisdiccional en fase de ejecución de sentencia, de modo que no existe dejación alguna en el ejercicio de la jurisdicción ni desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva".

Por su parte, en la STS de 4 de octubre de 2006 ---cuya doctrina sigue la de 9 de noviembre de 2006 --- se señaló que "No consta, por el contrario, y así lo han reconocido las partes, que el Ayuntamiento instante de la imposibilidad de ejecución haya tramitado procedimiento alguno de legalización de lo indebidamente construido. La inejecución se solicita con base, se insiste, exclusivamente, en la citada modificación del planeamiento, sin actuación alguna concreta en el sentido expresado. Esto es, ni consta solicitud alguna de legalización ---ni actuación municipal alguna de índole similar--- tramitada de conformidad con lo establecido en los artículos 175 y siguientes de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia , ni tampoco con arreglo a la legislación derogatoria de la misma, esto es, artículos 209 y siguientes de la Ley del Parlamento de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, sobre Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

No se ha acreditado, pues, que el Ayuntamiento, procediera a cumplimentar el mandato, tendente a la legalización de las obras; esto es, que, como se decía en nuestra normativa estatal, procediera a requerir a la entidad promotora ---en el clásico trámite del artículo 185.1 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril ---, a fin de que en el plazo de dos meses la citada entidad solicitara licencia con proyecto que incluyera la subsanación de los desajustes, dando después el trámite dispuesto en el artículo 185.2 del citado Texto Refundido si la licencia no se solicita o su otorgamiento es contrario a la normativa urbanística. En consecuencia, el artículo 185 del Texto Refundido de 1976 ---sustituido con posterioridad por el artículo 249 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio ---, que contemplan el supuesto de obras ya terminadas, establecía ---como ahora lo establecen las normativas autonómicas--- un procedimiento dentro del cual aparece una primera fase cuyo objetivo es brindar al administrado la oportunidad de legalización, mediante el seguimiento del correspondiente procedimiento y la obtención, en su caso, de la oportuna licencia, y, otra segunda, en la que, si no se produce la legalización, plasmada en la citada licencia, se llega a la demolición de lo indebidamente construido.

En el fondo, pues, lo que se discute es si basta con la exclusiva circunstancia de la aprobación de un nuevo planeamiento posterior ---conforme al cual ya no concurriría la infracción urbanística determinante de la nulidad declarada por la sentencia cuya inejecución se pretende--- para, de forma automática y sin mas trámites, poder obtener un pronunciamiento jurisdiccional de inejecución legal de la sentencia. La respuesta no puede ser positiva.

En la STS de 21 de diciembre de 1993 ya dijimos que "el art.178 del TRLS sujeta a licencia todos los actos de edificaciones y uso del suelo, es decir, que cualquier acto que constituya edificación o, sencillamente uso del suelo en cualquier forma, está sujeto a control previo de la licencia. El art. 184.2 establece el plazo de dos meses para que el interesado solicite la licencia en el supuesto de suspensión de obras en curso y, si el particular incoa el procedimiento solicitando la licencia, habrá de estar al resultado del mismo, puesto que será este resultado el que conduzca a la legalización de las obras o a su demolición, y, en el supuesto de que la obra estuviese terminada - --cual es el de autos--- siempre es aplicable el art. 185 del TRLS conforme al cual el procedimiento para dictar el acto de requerimiento al promotor de la obra o sus causahabientes para que

soliciten la licencia es el mismo que el regulado en el art. 184 , sin que aquí se dé la suspensión de la obra por la sencilla razón de que aquella está terminada, pero, en lo demás, el procedimiento es el mismo, sus requisitos y trámites son idénticos y sólo varía el plazo que es irrelevante en el presente supuesto. Todo ello quiere decir que la legalización de una edificación ya construida exige idéntica licencia de obras que la que aún no se ha realizado o la que se encuentra en vías de realización, por lo que es incuestionable que si para la edificación de la obra que pretende legalizarse era necesaria la confección de un proyecto ...".

Tales exigencias son reiteradas ---con algunas pequeñas diferencias--- por la legislación autonómica gallega previamente citada, esto es, la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia y la Ley del Parlamento de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, sobre Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, derogatoria de la anterior y que entró en vigor el 1º de enero de 2003.

En la STS de 7 de enero de 1999 dijimos que "Las sentencias del tipo de la que se ejecuta no se cumplen por el mero acuerdo que declara que éstas se cumplan (en el caso enjuiciado acordando la eventual legalización de lo indebidamente edificado, o, alternativamente, decidiendo la demolición cuando la opción de la legalización no es posible, o se han cumplido los plazos y condiciones establecidos para la legalización), sino que es necesario que la legalización efectiva se lleve a efecto, o, alternativamente, la demolición se realice. Con todo esto quieren decirse al menos dos cosas: La primera, que la mera declaración de legalización es insuficiente para que la sentencia se tenga por cumplida, siendo necesario que se adopten los acuerdos efectivos para que tal declaración legalizadora sea real. En segundo lugar, que los acuerdos legalizadores han de ser controlados en el propio proceso de ejecución por el órgano sentenciador; esto significa que el ente de la Administración cuando ejecuta, lo hace bajo la vigilancia y control del órgano jurisdiccional".

Obviamente, sin el previo cumplimiento de los mencionados trámites (que implican, en el supuesto de que las obras fueran legalizables, conforme a las nuevas Normas Subsidiarias, la concesión de la correspondiente licencia), la Sala, como pusiera de manifiesto en el supuesto de autos la Sala de instancia, no puede efectuar pronunciamiento alguno positivo sobre la inejecución de la sentencia, por cuanto tal pronunciamiento de inejecución por causa legal viene derivado, y es consecuencia, del previo seguimiento del procedimiento de legalización de las obras, que concluye y se plasma en la correspondiente concesión de licencia; debe, sin embargo, advertirse que no toda legalización y concesión de licencia lleva implícita la declaración jurisdiccional de inejecución de la sentencia, pues, como con reiteración hemos puesto de manifiesto (SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004) "Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquella sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado reiteradamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración ...".

Así, en la STS de 30 de enero de 2001 dijimos que "Hemos de partir de que tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial , como el 105.2 LRJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la "potestas variandi" de la Administración Urbanística (STS de 21 de enero de 1999 , y las que en ella se citan). Sin embargo, como hemos declarado en STS de 23 de julio de 1998 , no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización "ex post facto" de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento la nueva ordenación no deja sin efecto aquella sino que acaso pudiera constituir un supuesto de

imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia. En todo caso, la declaración de que concurre una causa de imposibilidad legal de ejecución requiere la previa tramitación de un incidente destinado a depurar todas las circunstancias concurrentes y a declarar si la respuesta fuera positiva si procede determinar en favor del favorecido por la sentencia la correspondiente indemnización".

Y, mas recientemente, en la STS de 6 de febrero de 2007 (RC 692/2004), se puso de manifiesto que " ... no compartimos la tesis de la entidad mercantil recurrente ni la del Ayuntamiento de ..., porque el incidente previsto en el invocado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción no tiene la finalidad de examinar y declarar jurisdiccionalmente si la obra ordenada demoler en sentencia es legalizable o si la licencia de actividad debe o no ser otorgada por haber desaparecido las circunstancias que, según la sentencia, lo impedían, sino la de comprobar si concurren o no causas de imposibilidad material o legal de ejecutar dicha sentencia, de modo que, para ello, como con toda corrección señala la Sala de instancia en los autos recurridos, es imprescindible que la Administración competente haya resuelto acerca de la legalización de la obra y de la actividad, de manera que, una vez tramitados los oportunos expedientes a tal fin y dictada la resolución otorgando las oportunas licencias por ser conforme a derecho su concesión, podrá el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia promover eficazmente el incidente de imposibilidad material o legal de ejecutarla, lo que en este caso no ha sucedido, aunque el Ayuntamiento haya manifestado, según hemos indicado, su voluntad de comprobar si la edificación y la actividad, cuyas licencias fueron anuladas en la sentencia con orden expresa de demolición, deben ser objeto de legalización mediante la expedición de nuevas licencias".

Como decíamos, pues, tampoco desde esta segunda perspectiva el motivo puede ser acogido; la Sala de instancia, con corrección, rechaza la tramitación del Incidente de Inejecución de sentencia por cuanto (1) ni consta la aprobación de planeamiento alguno que ---de una u otra forma--- pudiera haber tenido incidencia en la ejecución que se decide, (2) ni, tampoco que, en el caso de haberse producido tal aprobación, el Ayuntamiento de Vigo hubiera planteado, con corrección jurídica, y en los plazos previstos, la existencia de causa legal de inejecución de sentencia.

SEXTO.- En el segundo motivo se apela a la vulneración del principio de proporcionalidad así como al abuso del derecho en el ejercicio de la acción pública. Igualmente ha de ser rechazado, pudiendo utilizarse a tal fin la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto en el motivo anterior, debiendo, no obstante, dejarse constancia de los pronunciamientos de este Tribunal Supremo en relación con tal planteamiento:

a) Que la legitimación para el inicio del procedimiento encaminado a la expresada decisión le corresponde al "órgano --- administrativo--- obligado al cumplimiento" de la sentencia. No obstante en la reciente STS de 9 de abril de 2008, el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que "En cuanto a la legitimación para plantear ante el Tribunal al que compete hacer ejecutar la sentencia la imposibilidad material o legal de hacerlo, esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de fechas 26 de septiembre de 2006 (recurso de casación 8712/2003), 9 de noviembre de 2006 (recurso de casación 7354/2004) y 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004), que, según se deduce de la literalidad del precepto contenido en el referido artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, es el órgano administrativo encargado de su cumplimiento quien lo debe pedir, si bien los afectados por la sentencia están facultados para reclamar de ese órgano obligado al cumplimiento que suscite tal cuestión ante el juez o tribunal competente para ejecutarla, de modo que, si no lo hiciese o se negase a ello, cabe que los interesados o afectados se dirijan a éstos solicitando que se pronuncien acerca de la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia".

b) Que el mecanismo o la vía por la cual dicho órgano administrativo debe ponerlo en conocimiento del órgano judicial es "a través del representante procesal de la propia Administración" ; obviamente, ya no se establece, como en la LRJCA56, el monopolio de la Abogacía del Estado;

c) Que desde una perspectiva temporal, debe señalarse que el plazo con que cuenta la

Administración para el expresado planteamiento es el plazo de dos meses a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal, o bien el plazo especial ---fijado en sentencia-- al que el mismo precepto se remite, por la vía del artículo 71.1 .c), pero sin tomar en consideración al "plazo inferior" que se menciona en el nº 3 del mismo artículo 104 LRJCA .

Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha venido interpretando, sin embargo, con flexibilidad el mencionado plazo, señalando la STS de 30 de enero de 1996 que: " ... sin que en cualquier caso pudieran anudarse a un leve retraso en el cumplimiento de aquellos plazos, debido en gran parte a los escritos de las partes y a los traslados dados por la Sala de instancia consecuencias prescriptivas de la entrada en el fondo del asunto que además son las interesadas, lógicamente por ambas partes litigantes. Por otra parte este plazo no puede considerarse de caducidad y el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no lo contempla".

En la STS de 6 de junio de 2003 se expuso que "Se alega infracción de las normas reguladoras de la sentencia al admitir a trámite un incidente planteado en forma extemporánea, transcurrido el plazo de dos meses previsto en los artículos 105 y 107 de la Ley Jurisdiccional . Esta cuestión ha sido resuelta adecuadamente por el Tribunal de instancia al señalar que dicho plazo no es de caducidad, pues la imposibilidad de ejecutar una sentencia lo es en cualquier momento, como ha tenido ocasión de señalar esta Sala en sus autos de 6 de abril de 1992, 15 de marzo de 1993 y 30 de enero de 1996, así como en la sentencia de 12 de septiembre de 1995 , en cuyo fundamento de derecho tercero se afirma que: "debe tenerse en cuenta que, si inicialmente la doctrina de este Tribunal acogió una interpretación estricta en orden a la observancia de dicho requisito temporal, en sintonía con la tesis de los recurrentes, en una ulterior etapa jurisprudencial, es posible distinguir a estos efectos el supuesto contemplado en el artículo 105.2 y el que se regula en el artículo 107, ambos de la Ley de la Jurisdicción. En el primero , es preclusivo el plazo de dos meses siguientes a la recepción de la sentencia para que el Consejo de Ministros, con carácter extraordinario, pueda decretar la suspensión o inexecución por alguna de las causas legales que enumera el precepto, teniendo, además en cuenta la incidencia que en la propia previsión legal han tenido los artículos 24, 117.3 y 118 de la Constitución, en los términos en que tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en Auto de 18 noviembre 1986 . Por el contrario, en el referido artículo 107 LRJCA se contempla un supuesto de inexecutabilidad de sentencia distinto, por causa de su imposibilidad material o legal, cuya concurrencia ha de ser apreciada ineludiblemente por los Tribunales dentro de un proceso incidental, para el que se establece también un plazo de dos meses para su planteamiento, pero sobre el que los más recientes pronunciamientos de este Tribunal han hecho las siguientes precisiones: a) su cómputo ha de iniciarse, como regla general, desde que surja la causa determinante de la imposibilidad material o legal «entenderlo de otro modo haría ilusoria en muchos casos la aplicabilidad del artículo 107 LJCA cuando la imposibilidad se presentara con posterioridad a los dos meses desde la recepción del testimonio de la sentencia» (ATS 28 marzo 1990); b) el plazo de los dos meses a que se refiere el artículo 107 LRJCA no puede calificarse como de caducidad en términos absolutos, y «si verdaderamente concurre una causa de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, resulta necesario plantear y resolver el incidente de inexecución, única forma de poder determinar (en su caso) la indemnización que sea pertinente a favor de la parte que obtuvo la sentencia favorable» (ATS 6 abril 1992); c) procede declarar correctamente admitido el incidente cuando el particular recurrente, en su día, acepta expresamente que se admita transcurridos los dos meses que prescribe la Ley (STS 29 octubre 1992) y d) en relación con el transcurso del plazo de dos meses establecido en el artículo 107 LRJCA debe seguirse una interpretación en clave del artículo 18.2 LOPJ , en cuanto determina que si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará, en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (ATS 22 febrero 1994)".

En cualquier caso, la presentación de la pretensión dentro de plazo ante el Tribunal Supremo, aunque éste se haya declarado incompetente para conocer de la inexecución, interrumpió el cómputo".

Tesis continuada, por ejemplo en la STS de 26 de enero de 2005 , conforme a la cual "Tampoco ha habido un incumplimiento, propiamente dicho, del plazo de dos meses a que se remite ese

artículo 105.2 ... En todo caso, basta recordar ahora que el incumplimiento de aquel plazo no impide apreciar la causa de imposibilidad cuando ésta realmente concurre. Sus efectos son otros". Recientemente de la cuestión se ha ocupado la ya citada STS de 9 de abril de 2008 (habiendo continuado esta línea las posteriores de 30 de octubre y 17 de noviembre de 2008): "Con tal plazo preclusivo se pretende evitar la inseguridad en cuanto a la ejecución de las sentencias y evitar la promulgación de disposiciones o la adopción de actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias con la finalidad precisamente de eludir su cumplimiento, los que el artículo 103.4 de la misma Ley sanciona con la nulidad radical.

Si no se fijase un plazo legal para promover el incidente de inexecución de una sentencia por imposibilidad legal o material, cabría la posibilidad de que, en cualquier momento ulterior, se tome un acuerdo o se promulgue una disposición que traten de hacer imposible la ejecución de la sentencia, de modo que, en virtud del principio de seguridad jurídica en el cumplimiento de las sentencias, la ley ha determinado el plazo de dos meses, que, como se indica en la Sentencia de esta Sala de fecha 22 de diciembre de 2003 (recurso de casación 1862/2001), se interpretó por la jurisprudencia de forma estricta y que, aun admitiendo precisiones o matizaciones en algunos pronunciamientos, ha de respetarse siempre para salvaguardia del aludido principio que garantiza la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretación ésta acogida en la más reciente Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 26 de enero de 2005 (recurso de casación 2354/2002), en que la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia se había producido con anterioridad incluso a que se dictase la sentencia, y así se declara en ésta que «los acontecimientos constitutivos de la causa de imposibilidad apreciada se desarrollan ya antes de que se dictara sentencia», mientras que en la ya citada de fecha 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004, fundamento jurídico cuarto) hemos expresado que «como requisito de carácter temporal, debe señalarse que el plazo con que cuenta la Administración para el expresado planteamiento es el indicado plazo de dos meses a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal, o bien el plazo especial ---fijado en la sentencia--- al que el mismo precepto se remite».

En este caso, la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia es, en opinión del recurrente, la aprobación de unas Normas Subsidiarias de Planeamiento un año después de la firmeza de aquélla y la solicitud de que se declare la imposibilidad legal la formula dicho recurrente ante el Ayuntamiento obligado al cumplimiento de la sentencia cuatro años después de haber quedado ésta firme y tres años después de ser aprobadas las aludidas Normas Subsidiarias en las que basa su pretensión, razones por las que el quinto motivo de casación alegado tampoco puede prosperar".

d) Por lo que hace referencia a los aspectos estrictamente procesales, para la estimación de la expresada causa de imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia, el precepto de referencia se limita a exigir, a la vista de la solicitud formulada por la Administración, la audiencia de las partes, que el precepto amplía no solamente a las expresadas partes procesales en el procedimiento, sino también "a quienes considere interesados". Aunque no se contempla la posibilidad de periodo probatorio, no debe existir obstáculo para la apertura del mismo con la finalidad de poder practicar las que se consideren pertinentes tanto en relación con la concurrencia de la causa como en relación con la determinación, en su caso, de la indemnización procedente. En principio, debe considerarse completado el esbozo procedimental de precedente cita con lo que se dispone en el artículo 109 de la misma LRJCA .

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido muy explícita en relación con el objeto de este incidente, señalando al respecto en la STS de 30 de enero de 2001, que "En todo caso, la declaración de que concurre una causa de imposibilidad legal de ejecución requiere la previa tramitación de un incidente destinado a depurar todas las circunstancias concurrentes y a declarar si la respuesta fuera positiva si procede determinar en favor del favorecido por la sentencia la correspondiente indemnización. Como no ha actuado así el Tribunal de instancia hemos de estimar el presente recurso de casación, declarando que procede que el Tribunal de instancia actúe en la forma indicada antes de declarar la imposibilidad legal de ejecutar su sentencia de 21 de octubre de 1999".

Y, en la STS de 27 de enero de 2007 , que "Por tanto, no existe duda alguna sobre el carácter contradictorio del procedimiento de inexecución, así como sobre la necesidad de conceder audiencia no solamente a quienes hayan sido parte en el pleito, sino también a quienes, sin haberlo sido, se considere interesados, como podría ocurrir con los comuneros o propietarios --- individualmente considerados--- de los diversos elementos del edificio cuestionado; así lo ratifica, a mayor abundamiento, el artículo 109.2 de la misma LRJCA , que igualmente impone la audiencia de las partes en el genérico procedimiento de ejecución de sentencia".

e) Y en cuanto a la resolución judicial del incidente de inexecución, hemos de señalar que la decisión judicial debe abarcar tres aspectos diferentes:

1. La concurrencia o no de la causa material o legal de imposibilidad de ejecución de la sentencia, siendo de suma utilidad, en tal sentido, la jurisprudencia, muy consolidada, del Tribunal Supremo en relación con el artículo 107 LRJCA56 , la cual se ha pronunciado en un sentido restrictivo. Así la STS de 15 de julio de 2003 señaló que: "El artículo 118 de la Constitución establece la obligación de cumplir las sentencias firmes de los Tribunales y el artículo 103. 2 de la Ley Jurisdiccional (L.J.) determina que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que éstas consignen, cumplimiento que no podrá suspenderse ni declararse la inexecución total o parcial del fallo ---artículo 105.1 de la L.J .---.

La rotunda claridad de estos preceptos pone de relieve que es principio capital y esencial de todo el sistema judicial, la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos en que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad ---imposibilidad material o legal--- contenidos en el artículo 105.2 de la misma L.J ., han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad".

2. En segundo lugar, el Juez o Tribunal, si apreciare la concurrencia de esa causa, deberá adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecución; y.

3. En tercer lugar, habrá de proceder, incluso, a la fijación, en su caso, de la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno la sentencia dictada. En principio, el procedimiento se considera como único, pero no existe inconveniente, de conformidad con el 71.1.d) LRJCA, para establecer simplemente las bases para la determinación de la cuantía de la indemnización, cuya definitiva concreción se realizará en ejecución de la mencionada resolución. Así en la STS de 27 de junio de 2006 , se señaló que "ni de la letra ni del espíritu del citado artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional se deduce tal imposibilidad sino todo lo contrario, de manera que el hecho de señalarse, en ocasiones, tal indemnización en el propio incidente abierto a instancia de la Administración obligada a ejecutar la sentencia, no supone que así deba ser, pues tramitado el procedimiento en la forma prevista por el indicado precepto, el mismo puede terminar con la declaración de inexecutabilidad de la sentencia meramente, para, después, tramitar el que permita fijar los perjuicios causados por ello, como en este caso se procedió con toda corrección por el Tribunal a quo a petición de los perjudicados". En la misma línea la ya citada STS de 27 de enero de 2007 .

f) Por último, debemos hacer referencia a algunos consolidados criterios materiales en relación con los requisitos precisos para la concurrencia efectiva de causa de imposibilidad legal de ejecución, como consecuencia de una modificación del planeamiento urbanístico:

1. Así, en la STS de 30 de enero de 2001 se señaló que "Tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como el 105.2 LJCA permiten declarar inexecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la "potestas variandi" de la Administración Urbanística (sentencia de 21 de enero de 1999 , y las que en ella se citan). Sin embargo, como hemos declarado en sentencia de 23 de julio de 1998 , no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización "ex post facto" de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia

anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare esta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia".

2. Las SSTs de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004 se expresaron en los siguientes términos: "Conviene recordar que el artículo 103.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que "Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento", añadiendo el mismo precepto, en su número 5, que "El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley".

Lógica consecuencia de lo anterior, ya en el ámbito material ahora concernido, es que, si bien la Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico.

En esta misma línea, la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2001, dictada en el recurso de casación número 3655 de 1996, no aceptó la legalización municipal de unas obras declaradas ilegales, pues (fundamento de derecho octavo) no se ha demostrado que la modificación del planeamiento (revisión del Plan de Ordenación de Tarragona) que el Ayuntamiento ha opuesto a la ejecución de la sentencia tenga otra justificación que la de impedir la ejecución, razonando antes, en su fundamento de derecho séptimo, lo siguiente:

"[...] Sobre el problema más concreto de si una modificación del planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia anuló, del examen de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sólo puede concluirse lo siguiente: esa modificación no será causa de inejecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute".

Pues bien, como continuación de lo expuesto en el motivo anterior, debemos insistir en la corrección de la actuación de la Sala de instancia por cuanto todo lo que consta en las actuaciones es un Acuerdo del Vicepresidente de la Gerencia Municipal de Urbanismo ordenando la tramitación de lo que se califica de expediente de protección de la legalidad urbanística mas sin que ni siquiera conste que se haya producido una modificación del planeamiento urbanístico en la que, en su caso, pudiera haberse fundamentado un procedimiento de Imposibilidad de ejecución de la sentencia. Es evidente que, con tal planeamiento resulta absolutamente improcedente la referencia que se hace al principio de proporcionalidad o al abuso en el ejercicio de la acción pública, con respaldo en el artículo 124 de la Constitución Española y correspondiente desarrollo legal.

SEPTIMO.- Por último, el tercer motivo planteado por el Ayuntamiento de Vigo se fundamenta en la indefensión producida a los terceros afectados (propietarios de los edificios construidos al amparo de la licencia anulada) así como en la vulneración de los principios de protección registral. Debe igualmente rechazarse. Al margen de que no son los propietarios, a los que se refiere el motivo, los que formulan el presente recurso, lo que queda claro en este recurso de casación es que el Ayuntamiento recurrente ni siquiera combate la argumentación de la Sala de instancia acerca del conocimiento por los propietarios de la tramitación del recurso contencioso-administrativo seguido en la instancia, por lo que, en modo alguno, se acredita lo que pudiera haber sido la base para articular un planeamiento de indefensión a plantear, a su vez, por los realmente afectados por el mismo; circunstancia que, como es sabido, no ha acontecido por cuanto dichos propietarios no han recurrido en casación.

Y, a mayor abundamiento, la jurisprudencia de esta Sala es constante en cuanto a la afectación de los terceros registrales por sentencias anulatorias de autorizaciones o licencias urbanísticas.

Así en la STS de 12 de mayo de 2006 se señaló que "los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976 .

En la STS de 26 de septiembre de 2006 se añadió: "El que los propietarios, que forman parte de la Comunidad recurrente, tengan la condición de terceros adquirentes de buena fe carece de trascendencia a los efectos de impedir la ejecución de una sentencia que impone la demolición del inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística, pues la fe pública registral y el acceso de sus derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico, ya que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fe con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado.

(...) frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a éstos".

Y, en fin, en la STS de 4 de octubre de 2006, se expuso que "las alegaciones de los recurrentes en relación con la protección del derecho de propiedad, tampoco pueden acogerse. Debe recordarse que "en este momento procesal no es necesario ni pertinente poner en relación el precepto citado del art. 34 de la Ley Hipotecaria con el del art. 88 de la vigente Ley del Suelo, determinante de la subrogación real de los terceros adquirentes ... puesto que ello implicaría un retroceso en la dinámica del proceso y una intromisión en su fase cognitiva, superada con la sentencia firme que le puso fin".

OCTAVO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación procede condenar a la parte recurrente en las costas del recurso de casación (artículo 139.3 de la citada LRJCA).

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

1º. No haber lugar y, por tanto, desestimar el recurso de casación número 1745/2007, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE VIGO contra los Autos que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictados en fechas de 13 de marzo y 21 de noviembre de 2006, en el Incidente de Inejecución de Sentencia del recurso contencioso administrativo número 4619/1996; resoluciones que, en consecuencia, confirmamos.

2º. Condenar a la parte recurrente en las costas del presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.