

Ejecución de sentencia en materia **de reposición a la legalidad** **urbanística**

Título: Ejecución de sentencias urbanísticas: el problema del racionalismo

Fecha: junio, 2.015

Trabajo Fin de Grado- Grado en Derecho- Pr. 2.015

Tutor: Ricardo Ron Latas

Tutorando: Tamara Peña Vázquez

“La libertad deja de ser propiamente tal cuando deja de tener su base de apoyo en hechos objetivos, indisponibles para el poder público, y se convierte en una mera capacidad operativa elegida, concedida o deferida por el poder y enteramente conformada por él”

J.L. Martínez López-Múñiz, “Derecho de propiedad y Proyecto de Ley de Reforma de la ley del Suelo”, en vol. Col., Derecho urbanístico local, dir.: J.M. Boquera Oliver, Ed. Civitas, Madrid 1992, pág.78

Índice:

Antecedentes de hecho _____ pág.7

Cuestiones que se plantean _____ pág. 10

Fundamentos de derecho _____ pág. 11

Posición del edificio rehabilitado, en particular:

a) la eventual situación de “fuera de ordenación” y las posibles consecuencias en la licencia _____ pág. 10

b) la modificación puntual del planeamiento posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo que permitirá su legalización____ pág. 17

c) la naturaleza jurídica de la demolición ordenad por sentencia de TSXG y sus repercusiones prácticas, en especial con su aplicación al principio de proporcionalidad_____ pág. 33

Sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas:

a) ¿Qué medios tienen a su disposición los jueces y tribunales de lo Contenciosos Administrativo para lograr la ejecución de sentencias? ¿Cuáles piensas que deberían de emplearse en este caso propuesto?_____ pág. 28

b) Sobre la concurrencia en el caso propuesto de causas de imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia. En el caso de que, finalmente, fuese declarada la imposibilidad de ejecutarse la sentencia, ¿tendría Dña. X.M.F., derecho a ser indemnizada?_____ pág. 33

Sobre la posición jurídica de los propietarios de las viviendas en el edificio afectado: ¿Qué pretensiones podrían ejercitar, y por qué vías, en el caso de que la sentencia fuese finalmente ejecutada? ¿Establecerías alguna diferencia entre los propietarios dependiendo del momento en que se adquiriese la vivienda?_____ pág. 37

Sobre la posición jurídica de los vecinos de Eiravedra: si el Ayuntamiento fuese condenado a satisfacer algún tipo de indemnización, ¿qué acciones podrían ejercitarse para resarcir al erario municipal?_____ pág. 42

En el caso de que alguno de los hechos indicados en el caso pudiese ser constitutivo de delito, ¿qué tipos del Código Penal considerarías aplicables y qué consecuencias tendría esta circunstancia sobre el proceso contencioso-administrativo? _____ pág. 47

Si se llegase a demoler el edificio, ¿existiría una vulneración del derecho moral de autor del arquitecto? ¿Tendría éste derecho a una indemnización teniendo en cuenta que fue parte del cuadro de personal de MADESA?_____ pág.63

Conclusiones _____ pág. 72

Normativa aplicada _____ pág. 74

Bibliografía _____ pág. 76

Antecedentes de hecho:

1.- El ayuntamiento de Eiravedra otorga, mediante acuerdo de 10 de abril de 2002, licencia de rehabilitación de un edificio de oficinas ubicado en el número 15 de la calle Fraternidad a fin de destinarlo a viviendas y locales comerciales.

2.- La constructora MADESA comienza unas obras que terminan antes del 5 de febrero de 2.013.

3.- El 15 de mayo de 2.002, Doña X.M.F, en calidad de vecina del citado Ayuntamiento, presenta recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del pleno mediante el que se concede la licencia de rehabilitación al mencionado edificio.

4.- El 5 de febrero de 2.003, el Ayuntamiento de Eiravedra procede a la modificación del planeamiento urbanístico con el fin declarado de dar cobertura legal a las obras de rehabilitación del edificio sito en el número 15 de la calle Fraternidad.

5.- Interpuestos los recursos pertinentes en tiempo y forma, el 12 de marzo de 2.005 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) dicta sentencia estimando parcialmente los argumentos esgrimidos por la recurrente, Dña. XMF, por cuanto que se procede a anular la licencia urbanística otorgada por el Ayuntamiento de Eiravedra al edificio sito en el número 15 de la calle Fraternidad, y se ordena proceder a la demolición de las obras realizadas al amparo de dicha licencia. El alto tribunal gallego considera que no son válidos los argumentos traídos por los oponentes, a saber, el propio Ayuntamientos de Eiravedra y la constructora MADESA. En sentencia de los magistrados, las dimensiones mínimas de los patios interiores y del plazas de garajes no se adecúan, y deberían hacerlo, a la normativa actual vigente prevista en el Plan Xeral de Ordenación Urbanística (PXOM) del Ayuntamiento, desechando de esta manera el argumento de contrario por cuanto que al tratarse de la rehabilitación de un edificio que data de 1.945 no debería de aplicarse la normativa urbanística vigente.

6.- Dentro del plazo establecido en el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativo, MADESA presenta recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSXG interponiéndolo ante la Sala número 3 del Tribunal Supremo de conformidad con lo dispuesto en la misma Ley jurisdiccional. Un recurso que se funda principalmente en el siguiente argumento:

- Que la sentencia recurrida (aquella dictada por el TSXG que ordenaba el derribo de las obras realizadas al amparo de la licencia de rehabilitación) desconoce la jurisprudencia del alto tribunal español por cuanto que la demolición es una medida excepcional de aplicación restrictiva y sometida al principio de proporcionalidad, máxime cuando, como en este caso, la obra era susceptible de ser legalizada al abrigo de la modificación del PXOM realizada por el Ayuntamiento de Eiravedra.

7.- En sentencia de 18 de noviembre de 2.009, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación presentado por la constructora MADESA en base a los siguientes argumentos:

-la demolición es la consecuencia natural de la anulación de la licencia de rehabilitación.

-la demolición es la única vía de restitución al orden urbanístico conculcado por la realización de obras no avaladas por licencia legal.

-no es de aplicación el principio de proporcionalidad.

8.- Desde aquel entonces, Doña X.M.F. ha venido reclamando al Ayuntamiento de Eiravedra que proceda a la ejecución de la sentencia, de manera infructuosa.

9.- Por escrito de 10 de abril de 2.012, el Ayuntamiento de Eiravedra promueve incidente a fin de que la Sala de lo Contenciosos Administrativo del TSXG declare la sentencia inejecutable por imposibilidad material derivada de la imposibilidad de demoler las obras de rehabilitación sin dañar el edificio teniendo en cuenta la antigüedad del mismo y de que los materiales empleados en las obras ya no se encuentran en el mercado.

10.- Mediante Auto de 20 de diciembre de 2.012 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSXG estima el incidente y declara inejecutable la sentencia por imposibilidad material en base al siguiente motivo:

- “Comparada la entidad de la infracción cometida con las consecuencias que produciría la demolición de las obras de rehabilitación, hay que concluir que esa forma de ejecución es desproporcionada con respecto al fin perseguido y que, por consiguiente, concurre, un supuesto de inejecución de sentencia por causa de imposibilidad material.”

11.- Contra este Auto del TSXG promovió recurso de casación ante el TS Doña X.M.F., estimando el alto tribunal los argumentos traídos por la recurrente que se basaban en lo siguiente:

-en que evitar que la demolición pudiese afectar a la estructura del edificio solo requeriría realizar los refuerzos necesarios, pero que en ningún caso impediría ejecutar la sentencia.

-en consonancia el TS no estimaba los argumentos aducidos ante el TSXG y por lo tanto debía declarar materialmente ejecutable la sentencia, revocando de esta manera el Auto de 20 de diciembre de 2.012.

Cuestiones que se plantean:

1.- Posición del edificio rehabilitado, en particular:

- a) la eventual situación de “fuera de ordenación” y las posibles consecuencias en la licencia.
- b) la modificación puntual del planeamiento posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo que permitirá su legalización.
- c) la naturaleza jurídica de la demolición ordenada por sentencia de TSXG y sus repercusiones prácticas, en especial con su aplicación al principio de proporcionalidad.

2.- Sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas:

- a) ¿Qué medios tienen a su disposición los jueces y tribunales de lo Contencioso Administrativo para lograr la ejecución de sentencias? ¿Cuáles piensas que deberían de emplearse en este caso propuesto?
- b) Sobre la concurrencia en el caso propuesto de causas de imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia. En el caso de que, finalmente, fuese declarada la imposibilidad de ejecutarse la sentencia, ¿tendría Dña. X.M.F., derecho a ser indemnizada?

3.- Sobre la posición jurídica de los propietarios de las viviendas en el edificio afectado: ¿Qué pretensiones podrían ejercitar, y por qué vías, en el caso de que la sentencia fuese finalmente ejecutada? ¿Establecerías alguna diferencia entre los propietarios dependiendo del momento en que se adquiriese la vivienda?

4.- Sobre la posición jurídica de los vecinos de Eiravedra: si el Ayuntamiento fuese condenado a satisfacer algún tipo de indemnización, ¿qué acciones podrían ejercitarse para resarcir al erario municipal?

5.- En el caso de que alguno de los hechos indicados en el caso pudiese ser constitutivo de delito, ¿qué tipos del Código Penal considerarías aplicables y qué consecuencias tendría esta circunstancia sobre el proceso contencioso-administrativo?

6.- Si se llegase a demoler el edificio, ¿existiría una vulneración del derecho moral de autor del arquitecto? ¿Tendría éste derecho a una indemnización teniendo en cuenta que fue parte del cuadro de personal de MADESA?

Fundamentos de derecho:

1.- Posición del edificio rehabilitado, en particular:

a) la eventual situación de “fuera de ordenación” y las posibles consecuencias en la licencia:

La Constitución de 1978 consagra en su artículo 33 el derecho de propiedad: “se reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia”, sin embargo, les asigna una función social que los delimita y que al mismo tiempo ayuda a entenderlo y configurarlo, porque no debemos olvidar que es doctrina constitucional reiterada que el derecho de propiedad es “un derecho estatutario”. En aras del interés general, el otrora impenetrable y absoluto derecho de propiedad se ve condicionado a un conjunto de normativas y servidumbres legales que lo conforman.

La manifestación más evidente de esta función social son las múltiples potestades que asumen las Administraciones Públicas y que de manera, directa o indirecta ya sea a través de la regulación del suelo o de la propiedad horizontal, inciden en el mismo derecho. Desde aquella primera Ley de Régimen de Ordenación del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 han pasado muchos años e incluso vericuetos constitucional-social-políticos, pero hoy, a grandes rasgos, aquella primera regulación del suelo, se distribuye competencialmente entre tres Administraciones Públicas: las Comunidades Autónomas que se irrogan de la competencia de ordenación del territorio (obviamente del de la respectiva Comunidad Autónoma); los Ayuntamientos que se irrogan de la potestad de disciplina urbanística, tanto en la vertiente anterior a la construcción diseñando el mapa de la ciudad (el Plan Urbanístico, que en la comunidad gallega se denomina PXOM), como la posterior, de disciplina, al contar con inspectores y técnicos que conceden licencias o autorizaciones.¹ El estado, por su parte, a través de las políticas de fomento se encarga de llevar a la realidad el derecho a la vivienda a través de su construcción y habilitación (sin menoscabo de la competencia que puedan ostentar determinadas Comunidades Autónomas).

En cuanto al urbanismo y la a disciplina urbanística, podemos asegurar que a grandes rasgos la figura central de la materia es el plan urbanístico que, como ya adelantábamos anteriormente, se constituye como el mapa de la ciudad, que contiene la proyección de la urbe futura, articula y disciplina sus crecimientos, define el estatuto jurídico del suelo sobre el que incide y arbitra las medidas de protección y conservación de la metrópolis presente, en la medida en que ésta es no sólo el escenario de nuestra vida sino que, en expresión de CHUECA GOTTIA, es también “archivo de la historia”.

Si nos paramos en la realidad gallega, la respectiva normativa reguladora de los Planes Urbanísticos Municipales que se aprueben dentro de la Comunidad e encuentra en la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, modificada por Ley 6/2007, de 11 de mayo, de Medidas Urgentes en

¹ Potestad clásica la de urbanismo, de la que siempre han gozado las Administraciones locales.

materia de ordenación del territorio y del litoral de Galicia (en adelante LOUGA); en donde se regulan, entre otros, los “*efectos de la aprobación*” de los PXOMs que se dividen en cinco: la ejecutividad (art. 97 LOUGA), la legitimación de expropiaciones (art. 92 LOUGA), la publicidad (art. 100 LOUGA), la obligatoriedad (art. 101 LOUGA) y el régimen jurídico de los edificios fuera de ordenación (at. 103 LOUGA).

Por lo tanto, como se observa el régimen de los edificios de fuera de ordenación está ligado principalmente al PXOM y así lo entiende la LOUGA en su art. 103.1 cuando dispone que “*los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento que resultan disconformes con el mismo quedarán sometidos al régimen de fuera de ordenación*”. Con esto, podemos afirmar que la situación de fuera de ordenación es aquella en la que una edificación o instalación resulta disconforme o incompatible con el planeamiento en vigor y ello porque dichas edificaciones o instalaciones ya existían con anterioridad a la aprobación del nuevo plan o instrumento de planeamiento y no cumplen con los requisitos o las determinaciones establecidas en el mismo, lo que conlleva el nacimiento de una situación jurídica urbanística especial.

Esta situación jurídica sobrevenida puede tener dos orígenes distintos: la primera, la contemplada en la propia ley, que se constituye en aquellos edificios que en su día se adecuaron a la normativa municipal pertinente, pero que por sobrevenir un nuevo PXOM ya no cumplen los requisitos establecidos en la normativa municipal (bien por la falta de respeto de la alineaciones, el no encontrarse el edificio en suelo urbanizable, por encontrarse el edificio en una zona especificada para otros usos, por no cumplir el requisito de la parcela mínima, por un exceso de volumen u ocupación, por un exceso o defecto de alturas).

Y la segunda, la creada por reiterada jurisprudencia en virtud de la analogía en donde la Corporación Local, ante una infracción urbanística, se mantiene inactiva en su potestad de restauración de la legalidad urbanística, lo que provoca que se extinga la capacidad para subsanar dicha situación y la consiguiente imposibilidad de demoler lo indebidamente construido, asimilándose entonces los tribunales, como comentamos, esta situación irregular al régimen de fuera de ordenación.

Por su parte, el fundamento del régimen de fuera de ordenación se encuentra en la necesidad de conjugar, por una parte, el derecho de propiedad y, por la otra, la facultad de la administración de ordenar el contorno urbano y establecer, dentro de su potestad, qué determinados inmuebles habrán de desaparecer. Tal y como lo define la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998 (ponente Excmo. Sr, Rodríguez Zapata Pérez):

“La jurisprudencia de este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la razón de ser del precepto establecido en el art. 60 LS radica en la consagración del desidertum de que el edificio fuera de ordenación no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de él por el estado de sus elementos componente antes de pensar en la posibilidad de acometer en el mismo determinadas obras. Todo ello debe armonizarse con el

principio de que la declaración de fuera de ordenación de un edificio no implica ipso facto ni su inmediata desaparición ni su condena como bien económico-social, en cuanto el mismo seguirá existiendo y prestando el servicio para el que fue erigido hasta que llegue el momento de su desaparición.

En definitiva, el hecho de que un inmueble haya quedado fuera de ordenación no debe impedir un aprovechamiento óptimo del mismo, en utilización de las facultades que dimanen del derecho real que atribuye su uso y disfrute, siempre que con dicho aprovechamiento no se sobrepase los límites que establece el art. 60 LS respecto de las citadas obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de valor de expropiación (En tal sentido, entre otras, las sentencias de 2 de octubre y 22 de mayo de 1991 y de 27 de septiembre de 1985, en supuestos similares al que se examina).”

Con esto como base, la LOUGA introduce una distinción importante en cuanto al régimen aplicable a los edificios fuera de ordenación que, en palabras de profesor LÓPEZ PORTO² “*permite y flexibiliza a favor del ciudadano las obras a realizar en edificaciones en situación de fuera de ordenación.*” El art. 103.2 de la LOUGA hace una distinción dentro del propio régimen de fuera de ordenación, por un lado los edificios de fuera de ordenación por incompatibilidad total con el nuevo planeamiento y, por otro lado, los edificios de fuera de ordenación por incompatibilidad parcial con el nuevo planeamiento. La diferencia entre ambas figuras se regula en el párrafo 3 del mismo artículo 103 de la LOUGA.

La diferencia entre uno y otro régimen de fuera de ordenación es relevante porque incide en las obras de rehabilitación que puedan llevarse a cabo en el mismo, siendo que en el régimen de fuera de ordenación absoluto es más restrictivo que el de incompatibilidad relativa.

En el régimen de **fuera de ordenación total o absoluta**, la legislación gallega ha optado por seguir la normativa estatal al respecto y configurar un régimen muy parecido, que se regula vía art. 103.1 y 2 de la LOUGA, señalando que en dichas construcciones solo se podrán autorizar obras de mera conservación y las necesarias para el mantenimiento del uso preexistente, puesto que la finalidad de la situación de fuera de ordenación es justamente el que esas edificaciones se extingan o desaparezcan, todo ello, como bien se infiere de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1996, la cual señala, en su fundamento de derecho segundo, que:

“el régimen jurídico de fuera de ordenación es una manifestación de la aplicación del nuevo planeamiento a edificios e instalaciones preexistentes y disconformes con el mismo, y obedece a la finalidad de que los edificios que han merecido esa calificación no prolonguen su existencia más allá de lo que cabe esperar de los mismos por el estado de vida de sus elementos componentes, por ello, esa situación no supone su inmediata desaparición, ni su condena como bien económico-social, en cuanto que aquéllos seguirán existiendo y prestando el servicio para el que fueron exigidos hasta que llegue el

² LÓPEZ PORTO, P. “Los edificios fuera de ordenación”, Universidad de Santiago, Ed. Veritas

momento de su desaparición, bien por su consunción como tales, bien por llevarse a efecto las previsiones del Plan Urbanístico.”

Del mismo modo, reitera, en su fundamento jurídico cuarto, la idea de que la calificación de una edificación como fuera de ordenación tiene:

“como finalidad que no se prolongue la existencia de dicha edificación más allá de lo que la misma pueda resistir por el transcurso del tiempo, y que, por tanto, se admiten pequeñas obras de mantenimiento al titular de dichas edificaciones en virtud de su derecho de propiedad, a lo que, [señala que] la jurisprudencia viene admitiendo la realización de pequeñas obras que tienden a la adaptación del inmueble a las necesidades del propietario, respetándose con ello el derecho de propiedad, pero compaginado, todo ello, con que estos edificios urbanísticamente desordenados no prolonguen su existencia en tal estado mediante la realización de obras que no sean de las autorizadas.”

En cuanto a la situación de **fuera de ordenación parcial o relativa**, regulada en la normativa autonómica gallega actual, debemos indicar que, la misma, puede considerarse como una innovación introducida por el legislador gallego en el artículo 103.3 de la Ley 9/2002, en la que amplía o flexibiliza el concepto de obras permitidas en construcciones parcialmente incompatibles, separándose, por tanto, de la definición estatal del artículo 137 del TRLS de 1992, y de la definición contenida en la primera Ley del Suelo de Galicia de 1998.

Esta innovación se introduce con la intención de ampliar las capacidades edificatorias de los titulares de las construcciones calificadas con dicha situación jurídica, y ello, en el sentido de permitirle, mediante autorización, y siempre que las mismas estén permitidas por el propio plan competente aplicable, la realización de obras de mejora, consolidación parcial, ampliación o reforma, con la finalidad de proceder a la conservación o reforma de dichas edificaciones. Pasando, con ello, lógicamente a no depender de lo que establecía la anterior regulación, que solo contemplaba estas posibilidades edificatorias en los casos excepcionales en que se podría autorizar en ellas obras parciales y circunstanciales de consolidación cuando no estuviese prevista su expropiación o demolición en el plazo de quince años desde la fecha en que se pretendiese realizarlas.

Siguiendo esta vertiente de flexibilización del régimen de fuera de ordenación parcial, esta se ve refrendada por la propia jurisprudencia emanada del propio Tribunal Superior de Justicia de Galicia, así, de modo ejemplarizante, podemos citar la sentencia de 31 de mayo de 2007, que señala en su fundamento de derecho tercero, que:

“la falta de previsión en el planeamiento vigente de las obras autorizables en situaciones de fuera de ordenación parcial no puede traducirse en una falta de aplicación de lo que la LOUGA establece al respecto, tanto porque es obligación de los Ayuntamiento adaptar sus planes a dicha Ley (Disposición transitoria segunda. 2) como, en el caso analizado en la sentencia, porque sus normas son aplicables íntegramente al suelo de núcleo rural (Disposición transitoria primera. 1.e). Así, de acuerdo con el artículo 103.3 de la LOUGA, se pueden autorizar en las señaladas edificaciones, calificadas como fuera de

ordenación parcial, las obras de mejora, ampliación o reforma que se determinen en el plan, y de no estar determinado habrá que examinar las características de la obra para determinar si responden a las de una simple ampliación, que hay que considerar autorizada por el citado artículo 103.3 de la LOUGA.”

A la luz del extracto jurisprudencial que acabamos de mencionar, podemos destacar que el propio Tribunal confirma la innovación introducida por la Ley 9/2002, señalando que la misma Ley establece una ordenación notablemente diferente en el citado precepto, y en el artículo 210.2, para los edificios fuera de ordenación, indicando que modula la intensidad con la que se ha de aplicar, señalando que la suaviza para las edificaciones que están sólo parcialmente fuera de ordenación y la endurece para los que son el resultado de una infracción urbanística.

Por lo tanto, a modo de conclusión, podemos indicar que en la normativa autonómica gallega se diferencia dos tipos o clases de fuera de ordenación, por un lado la de tipo parcial, cuya innovación es la de permisividad, por parte de los Planes urbanísticos, de autorizar obras de mejora, ampliación y reforma, y asimismo, en determinados casos autorizados, la de realizar obras parciales de consolidación, con la finalidad de proceder a la conservación o reforma de dichas edificaciones y, por otro lado, en contraposición, encontramos el fuera de ordenación de tipo total, que consiste en evitar que los edificios se consoliden, siendo su destino el de la extinción o desaparición por el transcurso del tiempo y de su vida útil, y en los cuales solamente se podrán realizar obras de mantenimiento por higiene, ornato o conservación.

Sin embargo, en cuanto a los **usos** y siguiendo la estela estatal que configura el régimen de fuera de ordenación como una limitación de obras y no de usos, la diferencia establecida por el legislador gallego entre incompatibilidad total y compatibilidad parcial no afecta al mismo, puesto que a tales efectos la única consideración efectiva será la de fuera de ordenación en general.

Así, la jurisprudencia ha sentado los requisitos que deben cumplir los usos potenciales que quieran realizarse en un edificio afecto al régimen de fuera de ordenación:

1.- Que el uso que se pretende realizar en el edificio fuera de ordenación esté permitido en el planeamiento urbanístico vigente en el momento de su solicitud, o lo estuviese en el planeamiento urbanístico vigente en el momento de otorgamiento de la licencia municipal que ampara la edificación, siempre que el uso que se pretende realizar no impida o dificulte la ejecución del planeamiento actual.

Entendiendo que el uso sea permisible según el planeamiento urbanístico en una doble perspectiva: en primer lugar, que no exista una prohibición específica de uso en relación a los inmuebles en situación de fuera de ordenación total o parcial, y en segundo, que sea un uso compatible con los autorizados en la zona de que se trate.

Ahora bien, si el régimen urbanístico para los edificios catalogados como de fuera de ordenación regulado en el planeamiento del término municipal concreto donde se

pretende ejercer la actividad es más estricto que el que hasta ahora se ha expuesto configurado por el desarrollo jurisprudencial, se produciría un óbice suficiente para considerar incompatible el uso o actividad con la legalidad, partiendo de la vigencia y efectividad del planeamiento municipal y la vinculación del Ayuntamiento al mismo, disponiendo también la LOUGA en su art. 97 la inmediata ejecutividad de los instrumentos de ordenación urbanística.

Por su parte, si el planeamiento urbanístico concreto no prohíbe el uso que se pretende en los edificios fuera de ordenación, habrá de examinarse la compatibilidad del mismo con los autorizados en dicho planeamiento vigente, y en caso afirmativo habrá de considerarse el uso como ajustado a la normativa, pudiendo ser realizado sin óbice alguno; pero es más, la jurisprudencia reconoce excepcionalmente la posibilidad de que se lleven a cabo usos que el planeamiento actual no contemple entre los permitidos si lo estaban en el ordenamiento urbanístico bajo cuyo amparo se otorgó, en su día, licencia de obra a la edificación que actualmente se encuentra fuera de ordenación.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (en adelante TSXG) de 22 de diciembre de 2.011 número 1249/2011 (ponente Excmo. Marta García Pérez) afirma que:

“en escasas pero contundentes ocasiones, la jurisprudencia se pronuncia de modo favorable a que puedan llevarse a cabo los usos autorizados al TIEMPO en que se construyó el edificio y aun en el caso de que dichos usos se materialicen con posterioridad a la modificación de la normativa urbanística. Así, en la sentencia de 12.12.1988, el T.S. declaró que las limitaciones recogidas en el entonces vigente art. 60 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 para las construcciones fuera de ordenación "no afectan al uso del inmueble determinado en las ordenanzas vigentes en el tiempo en que fue autorizada la construcción [...] sin que sea óbice a ello el que la afectación a un determinado inmueble se materialice en actos posteriores a la modificación de la Ordenanza, como es el caso del presente proceso, ya que el derecho a un aprovechamiento específico de un edificio según la norma vigente en el tiempo en que se autorizó su construcción constituye un derecho adquirido inherente a su titular que es inherente a su situación jurídica urbanística que se integra en los derechos y limitaciones que dimanen de las edificaciones e instalaciones fuera de ordenación”.

La limitación para que se lleve a cabo en el edificio de que se trate un uso permitido por la normativa pretérita y no en la actual sería la de que el uso permitido en la normativa anterior impida o dificulte la ejecución del planeamiento vigente (SS de 11.02.1989 y 14.06.1994), en cuyo caso no sería permisible:

"La imperatividad de los planes de urbanismo (...) debe interpretarse en sentido acorde con la finalidad del ordenamiento, sin restringir el uso de las construcciones preexistentes acordes con la normativa anterior que no impida o dificulte la ejecución del planeamiento; ya que de entender inadecuado el uso permitido por la anterior ordenación se inferiría una lesión al derecho de propiedad no justificado por las exigencias dimanantes de la modificación introducida por el nuevo planeamiento (S 11.02.1989) ”.

2.- Que el uso que se pretende realizar no conlleve la ejecución de obras no autorizables en un edificio afecto al régimen de ordenación.

A lo anterior debe añadirse que los usos permitidos no pueden requerir de obrar que no sean compatibles con el régimen de fuera de ordenación. Ello supone una limitación especialmente significativa para los edificios en situación de fuera de ordenación absoluta, ya que el tenor literal del art. 103 de la LOUGA en su párrafo 2º establece en cuanto a las obras permitidas que “[...] sólo se podrán autorizar obras [...] necesarias para el mantenimiento del uso preexistente [...]”, lo que conlleva, a inferir a, que no se puede modificar el uso preexistente y menos a través de obras de rehabilitación.

Como ya hemos adelantado, el legislador gallego ha querido establecer un régimen de fuera de ordenación que si bien flexibilizado por la aparición de la incompatibilidad relativa (que en cierta medida abre la mano a obras más amplias) no difiere mucho del concebido por el legislador nacional en lo que al régimen jurídico se refiere, puesto que ambos se constituyen como un régimen de limitación de obras y no de usos, importante esto último, porque en este sentido deberá encaminarse la actividad disciplinaria de la Corporación Local, concediendo en cada caso la licencia de obras que se adecúe al régimen pertinente y no al contrario, a saber, otorgar la licencia para desvirtuar el régimen de fuera de ordenación existente. Es en este sentido en el que la licencia se ve afectado por el régimen de fuera de ordenación, puesto que si, en una licencia de obras “normal” el Ayuntamiento tendría que observar la normativa municipal urbanística, en este caso, no podrá conceder licencia más allá del régimen de obras que permita el régimen al que está afecto el edificio.

b) la modificación puntual del planeamiento posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo que permitirá su legalización.

La totalidad de la legislación urbanística (incluyendo la LOUGA), siguiendo el modelo de nuestro derecho urbanístico tradicional, afirma el principio de vigencia indefinida de los Planes Urbanísticos. El TS ha interpretado este principio en el sentido de no entender sujetos a plazos los Planes urbanísticos sin adoptar posturas maximalistas en cuanto al mantenimiento del contenido de los Planes. En ese sentido se pronuncian STS 6 de julio de 1982 o la STS de 4 de mayo de 1982 (ponente Excmo. Sr. Díaz Eimil) que establece que:

“tema que ha sido resuelto por varias sentencias, entre otras las de 9 y 21 de diciembre de 1981, en las que se reitera la contante jurisprudencia según la cual el principio de vigencia indefinida que proclama el art. 45 TRLS no puede interpretarse en el sentido inmovilista de perpetuar el planeamiento urbanístico, sino como garantía de su estabilidad y permanencia que le conceden los artículos 46 y siguientes de la LS, cuando nuevos criterios de ordenación o nuevas necesidades urbanísticas hagan oportuna y

adecuada la actualización del planteamiento anterior mediante su revisión o modificación; lo cual debe estimarse legalmente realizado mientras no se demuestre de manera cumplida y concluyente que la variación normativa no se corresponde con alguno de los fines y funciones, en atención a los cuales se atribuye a la Administración las competencias de planeamiento y urbanística que señala, con carácter enunciativo, el art. 3 LS y, entre ellos, el de procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad.”

Con todo, la vigencia indefinida no implica la inalterabilidad de los Planes, que encuentra su límite en la posibilidad de ser revisados o modificados. Tal y como establece la STS de 22 de mayo de 2001 (ponente Excmo. Enríquez Sancho):

“[...] en cualquier caso, los planes son normas jurídicas que despliegan su eficacia hasta su revisión o modificación, son vinculantes tanto para los ciudadanos como para la Administración, y la inadecuación de las determinaciones adoptadas por el Plan sólo pueden subsanarse promoviendo su reforma, con todas las garantías que para ello establece la ley.”

Del razonamiento contenido en esta sentencia se desprende la imposibilidad de abrogar, sin más una ordenación urbanística, sobre todo, sin sustituirla por otra. Una potestad que se conoce como el *ius variandi*, que aglutina la potestad de la administración de revisar y variar los planeamientos urbanísticos y que incluye también los límites a esta potestad discrecional que habrán de ser: la motivación, la interdicción de la arbitrariedad y la desviación de poder.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de diciembre de 1981, ha establecido una definición, ya clásica en la jurisprudencia, del *ius variandi*:

“no como potestad no fundamentada en criterios subjetivos ejercitable en cualquier momento, sino como remedio establecido en la ley para que la Administración, objetivando alteraciones reales, realice las modificaciones que impongan las nuevas necesidades urbanísticas creadas por la dinámica de la sociedad en el transcurso del tiempo.”

La doctrina jurisprudencial se ha centrado en analizar el alcance y límites del *ius variandi* configurándolo como una manifestación de la potestad normativa de la Administración de carácter discrecional, pero sujeta a una serie de técnica de control jurisprudencial que tiene por objeto excluir la arbitrariedad y la desviación de poder en su ejercicio. La sentencia de 25 de marzo de 2010 (ponente Excmo. Sr. Fernández Valverde), citando otra de 23 de febrero del mismo año, contiene una auténtica explicación y justificación del *ius variandi* en materia de planeamiento urbanístico:

“[...] Reconociéndose, por tanto, la potestad de la Administración para alterar, modificar, revisar o formular ex novo un planeamiento urbanístico, debe centrarse la cuestión en que la actividad en que se concreta esa potestad debe estar suficientemente justificada, y apoyada en datos objetivos, para impedir que la impropiedad en el ejercicio de que *ius variandi*, atente a los límites racionales y naturales de la discrecionalidad que se reconoce.”

En efecto, el *ius variandi* es discrecional. La STS de 13 de febrero de 1990 señala:

“Es jurisprudencia absolutamente consolidada, cuya cita cronológica resulta por ello innecesaria, la que viene manteniendo que en el ejercicio de la potestad innovadora de la ordenación urbanística, la Administración goza de un amplio margen de discrecionalidad para introducir alteraciones que pueden afectar a elementos esenciales de un Plan General o de un Plan Parcial; limitado tan sólo aquel ejercicio a la adecuación a los fines que justifican esa actividad de planeamiento urbano, según el enunciado del art. 3.1. TRLS”.

No obstante el reconocimiento del amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio del *ius variandi*, éste no puede ser ni arbitrario ni contrario a la consecución de interés general que el ejercicio de la potestad de planeamiento debe encarnar. De entrada, *el ius variandi* exige motivación. Como apunta la STS de 23 de abril de 1998. En este sentido, el alto tribunal tiene claro el alcance y delimitación del mismo. Así, la STS de 15 de junio de 1998 apunta que:

“Es incuestionable que la Administración en el ejercicio de sus facultades de planificación urbanística, tanto en la formulación de los Planes de Ordenación como en su revisión o modificación, ostenta la prerrogativa del *ius variandi*, reflejada en los arts. 47, 48 y 49 de 9 de abril de 1976, entre otras normas, y esta prerrogativa concede a la Administración una libertad de actuación normativa que, desde luego, no puede cubrir una acción arbitraria o carente de lógica, puesto que como bien sabemos tal libertad o facultad discrecional es el instrumento que ha de encauzar del modo más perfecto posible el logro de la satisfacción del interés general o público, que en definitiva es el elemento legitimador del ejercicio de esa discrecionalidad, y siempre en armonía con los intereses de los particulares, de modo que éstos se vean afectados negativamente en la menos medida posible dentro de ese contexto de la prevalencia del interés general”.

En la línea de esta sentencia, podemos citar la de 16 de abril de 1998, que reitera:

“ [...] es doctrina absolutamente consolidada de esta Sala que el ejercicio del *ius variandi* que compete a la Administración urbanística en la ordenación del suelo, es materia en la que actúa discrecionalmente –que no arbitrariamente–; y siempre con observancia de los principios contenidos en el art. 103 de la Constitución; de tal suerte que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de tal potestad, en casos concretos y determinados –como el que aquí nos ocupa– tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas, o con desviación de poder, o falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas ellas condensadas en el art. 3 en relación con el 12 LS, TR de 1979, aplicable a la sazón.”

El TS ha fijado las claves a tener en cuenta al valorar la concurrencia de arbitrariedad como límite de la discrecionalidad del *ius variandi*. La STS de 22 de noviembre de 2000 excluye la presencia de arbitrariedad cuando establece que:

“No hay prueba de incoherencia lógica en la determinación adoptada, siempre desde una perspectiva estrictamente urbanística y no personal; no hay infracción del principio de igualdad, también desde la óptica urbanística; ni, en fin, hay en las determinaciones combatidas finalidades contrarias a los intereses públicos que permitan atisbar la arbitrariedad abducida.”

Como vemos, entre las facultades que integran la potestad de la ordenación de la ciudad se encuentra la posibilidad de modificación de la ordenación anteriormente pensada, esto es, el *ius variandi*; que como toda potestad encuentra su límite en la necesidad genérica de motivación y servicio al interés público, además del sometido a los propios de esta facultad que son: la coherencia lógica de la actuación administrativa, el principio de igualdad y el interés público.

Pero ¿cómo se plasma los límites de la prerrogativa de urbanismo en la casuística? Lo cierto es que la jurisprudencia es muy variada y sorprendente, en tanto en cuanto la Administración encuentra muchos y numerosos vericuetos para utilizar el *ius variandi* que se le reconoce con fines distintos para los que se lo concibe. A través de la ya clásica desviación de poder, la Administración modifica el planeamiento para dar cobertura normalmente a sus propios actos administrativos que de manera general no cumplen la legalidad. Habida cuenta de que la actuación de la administración se somete por entero al control jurisdiccional es a ésta a la que le toca dilucidar si el *ius variandi* se ajusta o no a derecho.

Una práctica muy frecuente, detectada por la doctrina y que pasamos a explicar a continuación, es que la Administración utilice el *ius variandi* para eludir actos administrativos declarados, o en proceso de declaración (véase el inicio de un procedimiento judicial) ilegales por la justicia evitando así las posibles consecuencias del fallo de la sentencia que normalmente se reducen a expedientes de reposición a la legalidad: la demolición de lo ilegalmente construido. En aras de la claridad expositiva analizamos los actos cuando ya ha recaído sentencia y antes de que esta acaezca.

a.-Actos elusivos que realiza la Administración cuando ha recaído sentencia:

El art. 103. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA) dispone que “*serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento*”. Así, si el *ius variandi*, alejado de su función primigenia de ordenación del territorio es utilizado por la Corporación Local para eludir el cumplimiento de una resolución judicial la ley sanciona dicho acto con la nulidad.

Es este precepto un caballo de batalla entre doctrina, jurisprudencia y realidad, puesto que conceptualizar y demostrar que la actividad administrativa no está dirigida al interés general si no que se mueve por otros cauces totalmente ajenos e ilegales es, en muchos casos, harto complicado. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han delimitado los actos en materia de urbanismo dictados para eludir las sentencias judiciales y que por lo tanto, se alejan del *ius variandi* para entrar en la más profunda arbitrariedad. Los requisitos que han de cumplir dichos actos son: el elemento objetivo y el elemento subjetivo:

1) El elemento objetivo: la contradicción del pronunciamiento del fallo de la sentencia con el acto administrativo: El artículo 103.4 de la LJCA exige como presupuesto para considerar la nulidad del acto o disposiciones administrativo que sea contrario al pronunciamiento de la sentencia. Se trata de un requisito de carácter objetivo. Si la Administración dicta un acto o disposición que contradice el pronunciamiento del fallo de una sentencia, se dará a priori uno de los dos requisitos establecidos por la LJCA y todos los interesados podrán instar la nulidad del acto y proceder a exigir el cumplimiento de la sentencia.

2) El elemento subjetivo: la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia: si el artículo 103.4 de la LJCA prescribe un requisito de carácter objetivo como es la contradicción con el pronunciamiento de la sentencia, también establece un requisito más controvertido. El inciso final del mencionado precepto concreta un segundo requisito: los actos y disposiciones administrativas habrán de dictarse “con la finalidad de eludir su cumplimiento”.

La aplicación concreta de la finalidad elusiva ha sido apreciada por el Tribunal Supremo en supuestos en los que específicamente no se aportan elementos de carácter subjetivo, simplemente el hecho de que se ha instado la modificación con posterioridad al fallo y la ausencia de justificación de la misma.

En el análisis de la jurisprudencia específica respecto a las sentencias urbanísticas plantea la cuestión relativa a las modificaciones puntuales de planes urbanísticos. Un ejemplo lo constituye la anulación del Plan parcial “Los Pocillos” de Lanzarote³, que el Ayuntamiento de Lanzarote había aprobado mediante una modificación puntual y que incidía en el Plan insular de ordenación territorial reclasificando unos determinados terrenos como rústicos. Asimismo, se alegraría la excepción de imposibilidad legal a la vista de la modificación puntual por parte de la Administración pública, el examen del interés general y la finalidad a partir de la cual se ha hecho uso de las facultades urbanísticas con ponderación de la oportunidad de la medida.

En esta línea se pronuncia el mismo tribunal en la sentencia de 10 de marzo de 2008 anulando la licencia de obras y de actividad a favor de la Confederación Hidrográfica del Duero para la construcción del emisario y estación depuradora de Aranda del Duero.

³ STS de 10 de octubre de 2000. Ponente: Manuel Vicente Garzón Herrero. RJ 200/10002.

El motivo de la nulidad de la licencia concedida se fundamenta en el incumplimiento de la normativa específica sobre la distancia mínima de población. Sin embargo, la Administración competente otorgó una nueva licencia de actividad y obras al amparo de la excepción del artículo 15 del Reglamento de 1961, previo informe favorable de la Comisión Territorial de Prevención Ambiental que justificaba el emplazamiento de la estación depuradora. Así, pues, el actor afirma en el recurso de casación que se advierte un ánimo alusivo en la concesión de la nueva licencia de actividad. En este caso, no se trata de una modificación del régimen jurídico aplicable sino de una interpretación abusiva de una excepción establecida por el reglamento aplicable. El Tribunal Supremo considera la actuación de la Administración posterior al fallo en los siguientes términos (FJ 4):

“Todas estas actuaciones administrativas- realizadas con inusual celeridad- son posteriores a la firmeza de la sentencia firme y lo que con ellas se pretende es habilitar una vía excepcional de dispensa que ya no tiene cabida, precisamente por ser contrario a lo decidido en la Sentencia.”

b.- Modificaciones con anterioridad a la sentencia o paralelamente al proceso jurisdiccional:

Si la para la doctrina este segundo supuesto no plantea mayor problema que el anterior: la concurrencia de elementos objetivo y del elemento subjetivo para considerar el acto de la Administración como uno elusivo; la jurisprudencia tiende a interpretarlo de manera restrictiva. Ha sucedido en alguna ocasión que el Tribunal Superior de Justicia estima la nulidad y el Tribunal Supremo casa la sentencia negando el carácter elusivo del acto o disposición administrativa objeto de impugnación, siendo que se han dado pronunciamientos contradictorios.

El primero lugar, un supuesto que fue resuelto favorablemente a la nulidad, en primera instancia, y que el Tribunal Supremo, en segunda instancia casó en sentido contrario es la impugnación del Colegio Oficial de Arquitectos de Extremadura contra la orden de la Consejería de Medio Ambiente, Urbanismo y Turismo por la que se aprobaba definitivamente la revisión del PGOU de Cáceres. En primera instancia el TSJE estimó la pretensión de los recurrentes y declaró nulo el acto de revisión de PGOU ya que este obedecía a la voluntad del Ayuntamiento de legalizar un edificio construido contraviniendo el PGOM vigente.

Más tarde, el Tribunal Supremo no consideró suficientes los argumentos para apreciar el ánimo elusivo del Ayuntamiento en la revisión del PGOU y estimó la casación de conformidad con los siguientes pronunciamientos⁴ (FJ6):

“a) En primer término la circunstancias de que el acto ahora impugnado fue definitivamente aprobado por un órgano y una Administración diferente del que aprobó el

⁴ STS de 28 de marzo de 2006. Ponente: Rafael Fernández Vlaverde. RJ 2006/3138

acto anteriormente impugnado y anulado. b) En segundo lugar la circunstancia de que la ramitación de la Revisión del PGOU fue iniciada con anterioridad a la fecha de la concesión de la licencia y luego anulada. Y, c) fundamentalmente, la circunstancias, también temporal, de que la sentencia de instancia fue dictada más de dos meses después de la fecha de la Orden autonómica aprobatoria de la Revisión del PGOU. Tales circunstancias nos impiden poder ratificar la afirmación de la sentencia de instancia en el sentido de que “la única finalidad que cabe imputar a la [...] revisión del Plan no puede ser otra que legitimar la edificación ya ejecutada.”

Un segundo supuesto que estimó la existencia del ánimo elusivo es la sentencia del TS de 19 de mayo de 1999. La modificación elusiva tuvo lugar paralelamente al proceso jurisdiccional, aspecto bastante probable dada la lentitud de la jurisdicción contencioso-administrativa. Un particular impugnó el acuerdo de aprobación del estudio de detalle de una unidad de actuación del PGOU del Ayuntamiento de Plasencia. Se estimó la nulidad del mismo. El Ayuntamiento, paralelamente al proceso en sede jurisdiccional, había promovido una revisión del PGOU. El Tribunal Supremo, muy acertadamente, señala la existencia de un ánimo elusivo y estima la nulidad de la revisión del PGOU (FJ3):

“Sorprende que tras la revisión del Plan General el terreno de la antigua Unidad de Actuación U-16 resulte incluido en una nueva Unidad de Actuación y Área de Reparto, toda vez que el Estudio de Detalle de aquella antigua unidad culminaba en la misma ordenación establecida, tras cuya ejecución no tenía sentido sujetar a su propietarios a ningún nuevo sistema de reparto. La anulación de este Estudio de Detalle comporta como lógica consecuencia la de todas las actuaciones que se hubieran producido en su ejecución, y no se opone a que, en ejecución de esa sentencia anulatoria, se constituya una nueva unidad de ejecución, pero resulta llamativo que todo esto se haya producido paralelamente al recurso de jurisdiccional seguido contra el Estudio de Detalle y que el proceso de revisión del Plan General conduzca a un resultado equivalente al de aquella sentencia.”

El TS fundamenta ahí la estimación del recurso, porque considera llamativo que paralelamente al proceso jurisdiccional se haya instado la revisión del PGOU. Así, el TS aumenta un grado el control ante la modificación paralela al proceso porque la Administración ya puede observar cómo se desarrolla este en relación con sus expectativas de ganar.

Sin embargo, y como colofón, el TS ha negado el carácter elusivo, en la mayoría de ocasiones, cuando la modificación o revisión tiene lugar antes de la sentencia. Así, por ejemplo, en el caso de la clasificación como suelo urbano de la unidad de actuación del Centro de Interés Turístico Nacional de Cabo de Plata.⁵

⁵ STS de 21 de mayo de 2005. Ponente: Segundo Menéndez Pérez. RJ 2005/8968

c) la naturaleza jurídica de la demolición ordenada por sentencia del TSXG y de sus repercusiones prácticas, en especial en la posible aplicación del principio de proporcionalidad:

El auto de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (en adelante TSJA) en su sede de Sevilla de 24 de 2009 (Rec. Núm. 941/2006), recogiendo doctrina del TC y del TS, destaca cómo la ejecución de la sentencia es manifestación, de una parte de la potestad jurisdiccional, por cuanto que según la Constitución (art. 117), dicha potestad comprende juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y de otra, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, en tanto que este derecho comprende igualmente dicha ejecución, recordando cómo el TC ha tenido oportunidad de decir, entre otras muchas, en sentencia 32/1982, de 7 de junio, que el respecto a la tutela judicial efectiva exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ella comportan a favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.

También refleja el auto que el mismo TC considera de capital importancia esta función de hacer ejecutar lo juzgado, al ser una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución, concluyendo:

“La Ley 29/1998, de 13 de julio, siguiendo una consolidada doctrina jurisprudencial que se incorpora decididamente en el nuevo texto legal, justifica en su Exposición de Motivos el incremento de garantías para el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos por la “imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia constitución le atribuye”.

Prescripciones que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que como señala la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos.

Con esto presente, la demolición de las obras realizadas al amparo de una licencia urbanística declarada ilegal no constituye, por lo tanto, sanción administrativa alguna, todo lo contrario, es la lógica consecución del estado de derecho en donde se ejecuta lo pronunciado en un fallo de una sentencia judicial, por eso la demolición se plantea como la natural consecuencia de un fallo judicial.

Sin embargo, el principal problema que plantea en la ejecución de estas sentencias consisten en determinar si la ejecución ha de implicar la demolición aunque no se hubiera solicitado expresamente en la demanda, y la fijación de los supuestos y criterios a tener en cuenta para resolver sobre la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia cuando se invoca un nuevo planeamiento urbanístico amparador.

Puede entenderse hoy plenamente consolidada la doctrina jurisprudencial según la cual la demolición es una consecuencia material necesaria de la anulación judicial de una licencia y no un acto administrativo de carácter sancionador, por lo tanto, debiendo adoptarse la medida con independencia de que se hubiera solicitado en la demanda o de que se hubiera decidió en la sentencia. Puede citarse a este respecto la sentencia del TS de 7 de junio de 2005 que afirma que la anulación de la licencia de obras comporta la obligación de demolición de aquéllas, por lo que no es incongruente la sentencia que acuerda esta demolición sin haber sido pedida, ni se rebasa el alcance y sentido de la sentencia si se acuerda en fase ejecutiva la demolición a pesar de no contenerse en el fallo este pronunciamiento. La posterior sentencias del mismo Tribunal de fecha 4 de febrero de 2009, al abandonar las cuestiones más relevantes que suscita la imposibilidad legal de cumplir sentencias en materia urbanística, declara:

“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 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 una actividad de índole material, transformadora de la realidad material, y que surgen como consecuencia del anterior pronunciamiento de nulidad y de la consiguiente actividad jurídica complementaria.”

A continuación la sentencia refiere cómo en este caso se trata de ejecutar una sentencia que anula una licencia de obras para la construcción de un determinado edificio, sin que, efectivamente, en la parte dispositiva de la propia sentencia se contenga mandato alguno relativo a la demolición de lo edificado, añadiendo:

“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 la SSTTS de 7 de febrero de 200 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.”

A pesar de que la demolición, como regla general, sea la consecuencia obligada de la anulación de una licencia de obras, salvo que se produzca algún supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la sentencia, cuando las obras (ya realizadas) puedan ajustarse a la ordenación (la vigencia al tiempo de la concesión, pues no nos referimos aquí al caso de que se hubiera producido un cambio de planeamiento que ampare las obras), no es lógicamente la demolición la medida que se adopta en ejecución de sentencia, sino la realización de las obras de adaptación precisas (lo que es conforme, por lo demás con las disposiciones urbanísticas sustantivas sobre obras sin licencia o sin

ajustarse a sus determinaciones), es lo que se conoce como el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es uno de los principios informadores del proceder de las Administraciones Públicas y que el legislador pronto incorporó al Derecho Positivo, delimitando su alcance, entre otros, en los arts. 6.1 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y 84.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

En el ámbito urbanístico quizá se haya consolidado más que en ningún otro ámbito administrativo, puesto que gracias a él se pretende evitar la demolición de lo que más tarde puede legalizarse y construirse de nuevo en los mismos términos. Principio de largo recorrido jurisprudencial, de que la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2002, es muestra de botón cuando señala que:

“el principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. Dicho principio es esencial en el Estado social de Derecho (artículo 1.1 CE), con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares. (...), permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del administrado. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas”.

Descendiendo ya a la aplicación de este principio a la materia urbanística que nos ocupa, en la sentencia de 2 de octubre de 2002, el Tribunal Supremo insiste en los dos sentidos en que opera el principio de proporcionalidad, señalando que:

“el principio de proporcionalidad opera en dos tipos de supuestos: a. con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables, y b. ya con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado. En los casos de actuaciones que, como la que se enjuicia, contradicen el planeamiento urbanístico la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad (...).».

No obstante, cuando sea mínimo el desajuste legal de la obra ejecutada, el Tribunal Supremo ha establecido que el juicio de proporcionalidad puede moderar la aplicación de la drástica medida que es la demolición, ya que el principio de proporcionalidad:⁶

“ sido configurado como un medio extraordinario de evitar derribos que procederían por una estricta aplicación de las normas, pero que pugnarían con los principios de justicia material, habida cuenta de que en la construcción, por la complejidad de su técnica, es fácil que, incluso de buena fe, se comentan errores que no deben perjudicar al conjunto de una obra que, globalmente, está dirigida al bien común y suponga una creación de riqueza mediante el esfuerzo del hombre.”

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1982 establece que:

“(…) basta con la aplicación del principio de proporcionalidad que acaba de invocarse, para obtener la solución más acorde con la solución justa del caso: la de respetar lo construido, puesto que una rectificación del retranqueo, en tan sólo 15 centímetros, evidentemente que produciría una perturbación (el derribo de todo un ala de la edificación, con la consiguiente reconstrucción) del todo desproporcionada con las ventajas que ello podría producir a los demás.”

En idéntico sentido se han pronunciado los Tribunales Superiores de Justicia, pudiendo citar, entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 9 de diciembre de 1998 de 5 de marzo de 2004 y de 10 de junio de 2003.

En cuanto a la posible legalización de la obra, el principio de proporcionalidad aconseja no destruir lo que mañana se va a poder construir por estar permitido sobrevenidamente por el planeamiento urbanístico. A este respecto, es pacífica la doctrina del Tribunal Supremo expuesta, entre otras, en las sentencias de 14 de marzo de 1990 y 12 de noviembre de 1997, consistente en afirmar que:

“un nuevo planeamiento podrá producir el efecto de que se deje sin efecto una demolición acordada conforme a anterior normativa en el supuesto de que las obras de que se trate estén amparadas por la nueva regulación, pues no tendría sentido destruir algo para a continuación construir lo mismo por estar permitido.”

Y por supuesto, el principio de proporcionalidad afecta al contenido de las medidas compilatorias que el Juez o Tribunal puede adoptar en la ejecución forzosa. A modo de ejemplo, en la sentencia de 4 de febrero de 2005, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recuerda que:

“el Juez debe de velar por la proporcionalidad de la medida interesada, de modo tal que la entrada en el domicilio sea absolutamente indispensable para la ejecución del acto

⁶ TOLOSA TRIBIÑO, C. «El incidente de ejecución de sentencias: aspectos procesales», y SÁNCHEZ LAMELAS, A. “La ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, IV Curso sobre la jurisdicción Contencioso-Administrativa, Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.

administrativo que se pretende. Pero no cabe duda que la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso presente no debe hacerse en relación al acto a ejecutar, sino en relación con el derecho fundamental, de forma que no será proporcional si el acto puede ejecutarse por otros medios, o puede conseguirse la finalidad pretendida de alguna otra manera sin entrar en el domicilio (...)

A modo de resumen, cabe mencionar que el principio de proporcionalidad se corresponde en el derecho urbanístico con el abuso de derecho en el ámbito civil y a través de él, el legislador pretende evitar aquellas situaciones fácticas, paradójicas, en que una vez declarada ilegal una licencia se mande demoler lo ilegalmente contruido para a continuación volver a construir exactamente lo mismo en virtud de una nueva licencia de obra, ahora sí de acuerdo al PXOM.

Ahora bien, dicho lo anterior, debe señalarse el grave peligro de que al amparo de una interpretación amplia y flexible de estos conceptos se eluda el cumplimiento de las sentencias en sus propios términos, que es una clara exigencia del principio de tutela judicial efectiva, como reiteradamente declaran el TC y los Tribunales del orden contencioso-administrativo. Por ello, el principio de proporcionalidad habría de aplicarse de manera restrictiva y, sobre todo, como método de evitar paradojas en la aplicación de la legalidad, nunca como método fáctico de legalización de lo construido de manera sobrada y evidentemente ilegal.

Con esto, aunque pueda pensarse que la posterior legalización del PXOM realizada por la corporación constituye un elemento indiscutible para dar cabida al principio de proporcionalidad lo cierto es que tal no tiene lugar en este supuesto. Recordamos que las obras realizadas al amparo de la licencia son consecuencia de un fallo judicial que declara dicha licencia ilegal, es decir, no ajustada a derecho por sobrepasar sobremanera las obras permitidas en una construcción afecta al régimen de fuera de ordenación. El principio de proporcionalidad no puede constituir una nueva vía de legalización (como aquí se pretende) de las obras del edificio, si no un modo de conjugar la actuación de la administración cuando va a demoler lo que luego se volverá a construir. En este caso es determinante que esas obras nunca debieron de haberse realizado.

2.- Sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas:

a) ¿Qué medios tienen a su disposición los jueces y tribunales de lo Contencioso Administrativo para lograr la ejecución de sentencias?
¿Cuáles piensas que deberían de emplearse en este caso propuesto?

Todas las partes en que podemos dividir el derecho a la tutela judicial efectiva, (art.24.1 CE), son esenciales. Sin embargo, es la ejecución tal vez la más relevante porque sin ella las sentencias judiciales quedarían convertidas en meras declaraciones teóricas inútiles (y caras) y el estado de derecho en una bonita expresión ineficaz y sin fundamento alguno. Si la ejecución no es correcta, completa y oportuna en el tiempo, la

sensación de injusticia resulta palmaria y el fracaso del estado juez se convierte en absoluto. El TS lo ha declarado con meridiana claridad al afirmar que “

“la ejecución de sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula del Estado Social y democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no solo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del artículo 117.3 CE. A ello obedece que el Tribunal Constitucional reiteradamente haya declarado que la ejecución de las sentencias constituya no sólo parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 CE reconoce, sino también (STC 167/87, de 28 de octubre) un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico”

En cuanto al procedimiento de ejecución de sentencias urbanísticas, la LJCA no prevé ninguna especificidad en la materia. La ejecución de la sentencia se inicia cuando recae sentencia y esta es firme. La LJCA, sin embargo, prevé y regula que una sentencia llegue a alcanzar la ejecutividad incluso antes de ser firme estableciendo los requisitos para ello. Esta ejecución de sentencia no firme se denomina en el texto legal “provisional”, razón por la que denominamos “definitiva” a la derivada de la firmeza de la sentencia.

Por su parte, la firmeza de la sentencia se produce, como resultado del art. 245.3 de la LOPJ, cuando contra ella no cabe interponer recurso alguno salvo el de revisión y otros extraordinarios que establezca la ley. Es claro que en el ámbito contencioso-administrativo la firmeza de la sentencia se produce: a) cuando no es recurrible en apelación ni en casación, b) cuando, siéndolo, transcurren los plazos establecidos para la interposición de estos recursos y, c) cuando, interpuestos estos recursos, se declaran su inadmisión. Admitido el recurso que proceda, su posterior desestimación determinará la firmeza de la sentencia recurrida.

Sin embargo, como requisito adicional de la ejecución forzosa de la sentencia ha de contemplarse el de que, en caso de que se haya planteado un incidente de nulidad de actuaciones o interpuesto un recurso de amparo, no se hubiera acordado en ellos la suspensión de la sentencia.

Así pues, el artículo 104 de la LJCA establece que: *“1. Luego que sea firme una sentencia, se comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la llave a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél”.*

Sin embargo, la ejecución de las resoluciones judiciales dista mucho de ser una materia superada en nuestro sistema jurídico, sobre todo, en materia urbanística. Parece algo

ilógico, pero a veces la mera inactividad o la oposición informal a la ejecución y el incumplimiento disimulado por parte de esos entes que sirven (o dicen servir) con objetividad los intereses generales y deben actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, resulta insoportable.

En aras de solucionar este problema, el legislador español introdujo una serie de medidas para asegurar el cumplimiento de la ejecución de las sentencias urbanísticas tales como son:

a) la acción pública en la ejecución de sentencias urbanísticas: el legislador español estableció en el art. 104. 2 de la LJCA la posibilidad de que las partes y las demás personas afectada por el fallo puedan instar la ejecución forzosa transcurridos dos meses. Por su parte la STS de 7 de junio de 2005 dejó clara la posibilidad de que las personas afectadas por el fallo puedan instar la ejecución forzosa aunque no hubieran sido parte en el proceso. Por otro lado, la legislación urbanística estatal y autonómica prevén dicha acción. Sin embargo, el TS determina a partir del art. 104.2 de la LJCA que únicamente las partes personadas en el proceso y las demás personas afectadas podrán instar la ejecución forzosa. Postura avalada por la doctrina⁷.

b) el ejercicio del poder de sustitución como medida para asegura la ejecución: el art. 108.1 de la LJCA estipula que *“Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un auto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento: a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto. b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.”* Tal y como estipula el art. 104 LJCA *“1.- Luego que sea firme una sentencias, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de áquel. 2.- Transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al art. 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa. 3.- Atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, ésta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento, cuando lo dispuesto en el apartado anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio.”* Una sustitución que puede hacerse de las siguientes maneras: a través de la ejecución sustitutoria directa por el tribunal o juez (108.1 LJCA), ejecución sustitutoria directa con intervención del emisor judicial

⁷ M. C. Ecuero Herrera, Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo y sus soluciones, op. Cit.pág 117 y ss.; GIMENO SENDRA Y OTROS, Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa de 1988, op.cit, págs. 732-733.

(108.1 LJCA), la ejecución sustitutoria indirecta (art. 108.1.b de la LJCA, el juez o tribunal podrá “*adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al caso omitido [...]*”, la ejecución subsidiaria (explícitamente reconocida en el art. 108.1.b *in fine* y consiste en que el juez o tribunal encarga a una administración distinta de la condenada a la ejecución del fallo que ejecute la sentencia del mismo modo que la que la primera debería hacerlo, y por último, a través de la reposición al estado exigido por la sentencia (art. 108.2 LJCA “*Si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinarán los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento.*”

c) las multas coercitivas: el art. 112.a de LJCA establece la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan imponer multas coercitivas con la finalidad de lograr la efectividad delo mandado: “*Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el Juez o Tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de los mandado. Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento notificado personalmente para formulación de alegaciones, podrá: a) imponer multas coercitivas de 150,25 euros a 1.502,53 euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales s que hubiere lugar. A la imposición de estas multas le será aplicable lo previsto en el artículo 48.*”

Por último mencionar, aunque someramente, dos medidas tuitivas que no afectan a esta parte del proceso, pero que en una materia como la urbanística muestran un cariz casi tan importante como aquellas dictadas en la fase de ejecución:

a) las medidas cautelares: la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no deben contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercer siempre que resulte necesario. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puede hacerse perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. Pero la característica más relevante del nuevo régimen legal sobre la materia es, sin duda, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelas posible, por lo que se reconoce la posibilidad de adoptar otras medidas, entre las que no debe excluirse la de carácter positivo. Finalmente se alude a la posibilidad de adopción de medidas inaudita parte, regulándose una comparecencia posterior –en un plazo breve de tres días- sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, así como a las medidas previstas a la interposición del recurso en los

supuestos de inactividad o vía de hecho. De entre todas las medidas destacan, por su uso, las medidas cautelares suspensivas y las anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad.

b) la ejecución provisional: tanto el art. 84 como el art. 91 de la LJCA admiten la ejecución de la sentencia antes de su firmeza, claro está con la salvedad de la “imposible reparación” o “difícil reparación” derivada de la misma ejecución; por lo tanto, en materia de licencias habrá que acogerlas con cuidado, puesto que, si de lo que se trate es de una demolición, habremos de esperar a los recursos pertinentes.

A pesar de todas estas medidas, aplaudidas por doctrina y la potestad jurisdiccional, lo cierto es que han sido muy poco utilizadas por los tribunales para lograr la efectividad de sus sentencias. Con todo, apoyándonos en la STSJCL número 2006/277920, de 20 de octubre de 2006 siendo ponente el Excmo. D. Eusebio Revilla Revilla por cuanto que se estipula que:

“No niega la Sala que dicho Ayuntamiento, tras varios requerimientos infructuosos, tras transcurrir tres años desde que recayó sentencia firme y después de haber estado paralizado casi un año por causa imputable al propio Ayuntamiento, tras varios requerimientos infructuosos, tras transcurrir tres años desde que recayó sentencia firme y después de haber estado paralizado causa un año por causa imputable al propio Ayuntamiento el expediente de legalización [...] haya intentado durante el año 2004 contratar los servicios de una empresa que se comprometiera a verificar tales obras de derribo, pero también lo es que la negativa de tales empresas no debería haber llevado al Ayuntamiento, como así ha ocurrido, a cesar en su obligación legal y jurisprudencial de llevar a cabo dicho derribo, bien buscando la contratación de otras empresas con mayores medios personales al efecto, o bien interesado la colaboración de otra Administración pública, nada de lo cual ha hecho ni intentado dicho Ayuntamiento y su Alcalde-Presidente, como resulta del propio trámite de ejecución. Todo ello evidencia que no ha habido voluntad cierta, decidida y demostrada de querer llevar a efecto el cumplimiento de la sentencia dictada ni en los plazos exigidos legalmente ni en los plazos concedidos y requeridos judicialmente, motivo por el cual nos encontramos ante el supuesto de poder acudir a la previsión contenida en el art. 112 de la LJCA.”

Teniendo por lo tanto presente esta disección jurisprudencial, estimamos que lo más plausible hubiese sido, en primer lugar, en el momento en que Doña X.M.F interpuso recurso haber decretado medidas cautelares entre las que deberían de haberse encontrado notas preventivas en el Registro de la Propiedad. Asimismo, una vez recaída sentencia firme, y ante la inejecutividad del Ayuntamiento y el tiempo transcurrido, el Tribunal debería de haber requerido la asistencia de otra Administración Pública (como por ejemplo la Deputación de A Coruña) para llevar a efecto el fallo a través de la demolición de las obras.

b) Sobre la concurrencia en el caso propuesto de causas de imposibilidad material o legal de ejecución de sentencias. En el caso de que, finalmente, fuese declarada la imposibilidad de ejecutar la sentencia, ¿tendría derecho Dña. X.M.F, a ser indemnizada?

A pesar de que el respecto a la tutela judicial efectiva exija también, como reiteradamente se viene declarando por la jurisprudencia (incluida la constitucional), que los fallos judiciales se cumplan en sus propios términos (principio de identidad) y que los recurrentes sean repuestos en sus derechos, ante la realidad de supuestos en los que, por causas legales o materiales, dicho cumplimiento no es posible, el legislador se ve obligado a reconocer esta situación, regulándose las indemnizaciones sustitutorias ante dicha imposibilidad, una vez declarada judicialmente a través del oportuno incidente de inejecución.

La sentencia del TS 7521/1998, de 6 junio de 2003 destaca:

“el derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo. Y uno de estos supuestos es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate, o, si se quiere, una alternativa “de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta”, ya que, como regla general, “una vez firme la sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador.”

El segundo apartado del art. 105 de la LJCA determina los motivos excepcionales que darán lugar a la inejecución de la sentencia: “*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 se 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.*”

La interpretación que sostenemos de la excepción de imposibilidad material y legal defiere de los pronunciamientos jurisprudenciales y de las posiciones doctrinales. El punto de vista de este trabajo es más restrictivo, siempre con la finalidad de proteger el derecho a la tutela judicial efectiva y en cumplimiento del principio de legalidad. Así pues, en relación con la imposibilidad material, consideramos que esta excepción no tiene cabida real en la ejecución de las sentencias urbanísticas. El legislador configuró esta imposibilidad cuando las edificaciones no tenían la calidad técnica que hoy ostenta y considerando que, muchas veces, alterar el objeto mediante el derribo de determinadas

obras haría inutilizables el edificio. Pero hoy, con las técnicas que se conocen y practican consideramos que esta imposibilidad solo que debería ser contemplada en el caso de desaparición o extinción del objeto de la ejecución de la sentencia.

Por su parte, la imposibilidad material fue concebida para aquellos casos en los que sucesiva legislación habrá de desaconsejar la ejecución de la sentencia primigenia, sobre todo en los casos de modificación del Plan Urbanístico.

A la par que la legislación reconoce la imposibilidad de ejecución de la sentencia, la jurisprudencia ha elaborado una indemnización sustitutoria que venga a cubrir los daños que esa inexecución pueda implicar, teniendo en cuenta, muy especialmente, si se trata de una sentencia de mera anulación o de reconocimiento de unas situación jurídica individualizada.

Por ejemplo, en la sentencia de TS 89/2006, de 26 de mayo de 2008 se refiere a un supuesto en el que la sentencia anulatoria de un proyecto de compensación se declaró de imposible cumplimiento por las sucesivas transmisiones de las parcelas resultantes, el otorgamiento de licencias de obras, construcciones de edificaciones, etc.. Por su parte, la Sala de instancia dictó auto en el que reitera que procede la ejecución de la sentencia a tenor de lo razonado en otro auto anterior, pero señala que ante la imposibilidad de la ejecución específica de la misma se otorga a los actores el derecho sustitutorio a percibir una indemnización en la cuantía correlativa a los perjuicios que acrediten en el pertinente incidente complementario, añadiendo:

“ La representación de los recurrente presentó escrito con fecha 9 de mayo de 2005, acompañado de diversos documentos, en el que, tomando como base la superficie de las tres fincas aportadas al Proyecto de Compensación anulado (4.863 m²) y la superficie de las parcelas de reemplazo (1.748,77 m²), aplica a la diferencia resultante (3.114,23 m²) un valor unitario de 917,31 euros/m², según informe técnico que se acompañada al escrito, formulándose en definitiva la pretensión de que se les abone la cantidad de 2.856.714 euros incrementada con el interés legal del dinero”.

La propia Sala de instancia resuelve este incidente complementario mediante auto declarando que las recurrentes no acreditaron que sufrieran daños o perjuicios derivados de la aportación de sus terrenos al Proyecto de Compensación, por el que tales terrenos se convirtieron de rústicos a urbanos.

La sentencia que resolvió el recurso de casación y anuló el auto de la Sala de instancia, pronunciándose sobre los diversos conceptos indemnizatorios. Una vez que aclara el TS que no se cuestiona ya que la inexecutividad de la sentencia acordada por auto de la Sala de instancia, que devino firme, refiere a continuación que esta Sala, tras un primer auto en el que se ordenaba el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, especificando que ello comportaba la reposición de las fincas a su estado anterior al Proyecto de Compensación declarado, dictó otro auto en el que se declara la imposibilidad de la ejecución específica de la sentencia- por hacerlo inviable las transmisiones de parcelas y las obras y edificaciones ya realizadas- declarando por ello procedente la ejecución subsidiaria mediante la fijación de la indemnización de los

perjuicios resultantes, de donde la recurrente concluye que sólo quedaba por fijar esta indemnización, y no declarar no acreditados los perjuicios.

Bloque de eventuales perjuicios:

a.- gastos procesales: afirma la sala que los gastos procesales que ha ocasionado el litigio en el que se obtuvo la sentencia favorable son unos perjuicios fácilmente objetivables, cuya existencia puede darse por supuesta, debiendo sólo acreditarse en cada caso su concreta cuantía.

b.- daños morales: se contempla también, el quebranto que supone el hecho de que el pronunciamiento obtenido en la sentencia no encuentre realización efectiva.

c.- perjuicios tangibles: se trata aquí de los perjuicios materiales que la inexecución de la sentencia le ocasione en la esfera patrimonial del interesado. Es claro que su cuantía dependerá del contenido de la sentencias y de las circunstancias, alegadas y debidamente acreditadas, en cada caso.

Determinación del obligado a soportar la indemnización sustitutoria: debe precisarse desde un primer momento, como declara reiterada jurisprudencia, que aquí no se trata de la responsabilidad derivada de la anulación de un planeamiento o de un acto aplicativo de contenido urbanístico, sino de determinar a quién corresponde satisfacer la indemnización sustitutoria por imposibilidad de ejecutar la sentencia anulatoria. Fácilmente se comprende, en efecto, la diferencia entre la indemnización por demolición consecuencia de una sentencia anulatoria de una licencia de obras y la indemnización por no poder llevar a cabo dicha sentencia. Los perjuicios, en uno y otro caso, son muy diversos, como también lo son los elementos subjetivos: quien los sufre y quien debe indemnizarlos. Aquí se examina la indemnización por la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos.

Como regla general, es la Administración autora del acto anulado por la sentencia que no puede ejecutarse la que ha de responder de la indemnización sustitutoria. Ya el auto del TS 12271/1991 de 30 de enero de 1996, con referencia a la anterior LJCA, había afirmado que la indemnización sustitutoria era a cargo de la Administración cuando declara:

“[...] ya que en otro caso se dejaría sin efecto ni contenido alguno la sentencia firme, convirtiéndola en una mera declaración académica y liberando a la Administración condenada de su obligación de cumplirla, sin imponerle la correspondiente partida indemnizatoria, que es una consecuencia natural del incumplimiento de las obligaciones. Este derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de una sentencia no puede ser esquivado oponiéndose una falta de prueba de los daños y perjuicios ocasionados, pues el momento para la determinación de su realidad y cuantía es posterior y debe resolverse en el incidente que a tal fin proceda trasmitir como consecuencia del reconocimiento del mencionado derecho (auto de 10 de noviembre de 1993). La

ejecución se sentencia que postula el apelante D. José configurándola en anulación de escrituras públicas, cancelación de inscripciones registrales y anulación de licencias de construcción, cuyos titulares en número ingente están protegidos por una presunción de buena fe que en modo alguno ha sido destruida por prueba alguna, está fuera de toda medida, de toda proporcionalidad y, en definitiva situada *extra legem*. Por otra parte el Ayuntamiento en su escrito de alegaciones en el presente, no ha hecho petición alguna en el suplico que se opongá al pronunciamiento.”

Aunque sobre la causa alegada para la imposibilidad de ejecución de la sentencia podría hacerse alguna matización, a la vista de posteriores sentencias, lo que aquí interesa es la declaración de que es la Administración la que debe responder de la indemnización.

Por esta regla general, aplicable cuando no existe ningún particular que se beneficie de la imposibilidad de ejecución de la sentencia, cede o se modula cuando esta última circunstancia no concurren. En el supuesto de la sentencia del TS 5203/2001 de 12 de febrero de 2004, que debe decidir sobre la imputación del costeamiento de la indemnización sustitutoria fijada entre el promotor beneficiario de la inejecución o el Ayuntamiento que concedió la licencia anulada que no puede ejecutarse. El Ayuntamiento recurrió el auto de la Sala de instancia, que lo declaró responsable mancomunado, invocando que el costeamiento de la indemnización debía imputarse sólo al promotor, por cuanto los perjuicios derivarían no de la concesión de las licencias, sino de la construcción materialmente realizada, sin Beneficio alguno para la Corporación, debiendo responder quien obtuvo los beneficios y se apropió de los aprovechamientos lucrativos. Declara, sin embargo, esta sentencia:

“La decisión final adoptada por los autos dictados por la Sala de instancia es que las indemnizaciones procedentes (para los perjudicados recurrentes antes concretados y en los términos objetivos y subjetivos anteriormente previstos) deberán ser satisfechas, en forma mancomunada, por el Ayuntamiento demandado y los promotores-constructores codemandados.

[...]

Desde la anterior perspectiva, la obligación indemnizatoria del Ayuntamiento no ofrece duda: Fue la Administración demandada en el procedimiento seguido, así como autora de los actos anulados de concesión de licencias, y la obligada, en consecuencia, a adaptar la realidad física de lo indebidamente construido a la situación jurídica resultante de la anulación de las licencias; en consecuencia su responsabilidad- y en indirecto beneficio- por la imposibilidad de ejecución resulta evidente. En los mismos términos los codemandados, titulares de las licencias anuladas, promotores y vendedores de unas y otras viviendas, alcanza un evidente beneficio derivado de la inejecución de la sentencia.

Esto es, la responsabilidad de ambos, en la forma decidida por la Sala de instancia, deriva, conecta y se anuda con el beneficio que se obtiene como consecuencia de la inejecución de la sentencia. Señala la misma que:

a) Que el constructor de todas las viviendas fue el mismo.

b) Que, en consecuencia, tenía perfecto conocimiento de la situación que iba a crear, a las viviendas inicialmente construidas.

c) Que conto para ello con la “colaboración de la Ayuntamiento”, mediante la concesión de la correspondiente licencia.

d) Que obtuvo un beneficio ilegal con la construcción efectuada.

En consecuencia, con tales razonamientos, la determinación y establecimiento de una responsabilidad conjunta y mancomunada de demandado y codemandado, es el ejercicio ponderado de la modulación y reparto de la responsabilidad derivada de la inejecución de la sentencias, consecuencia del beneficio por ello obtenido, en el que no se aprecia dato alguno de arbitrariedad.”

3.- Sobre la posición jurídica de los propietarios de las viviendas en el edificio afectado: ¿Qué pretensiones podrían ejercitar, y por qué vías, en el caso de que la sentencia fuese finalmente ejecutada? ¿Establecerías alguna diferencia entre los propietarios dependiendo del momento en que se adquiriese la vivienda?:

Con carácter general y previo puede señalarse, como hace referencia la sentencia del TSJ de Baleares 384/2005 de 17 de octubre de 2007, que es una constante de nuestra legislación urbanística que la transmisión de fincas no modificará la situación del titular de las mismas respecto de los deberes establecidos por la legislación urbanística aplicables o exigibles por los actos de ejecución derivados de la misma. De tal modo que el nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos. Así lo señala el art. 21 de la ley 6/1998 de 13 de abril del Régimen del Suelo y Valoraciones, que tiene sus antecedentes en el art. 71 de la Ley del Suelo de 1956, art. 88 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y art. 22 del texto refundido de 1992.

A esto puede añadirse que prescripción análoga figura en el art. 19 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo: *“1. La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigible por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.”*

Continúa la sentencia citada de 17 de octubre de 2007:

“También existe una jurisprudencia unánime expresiva de que el principio de subrogación real impone a los adquirentes de las parcelas el deber de asumir los costes de la urbanización, con independencia de que en los singulares contratos de compraventa de las parcelas se haya consignado o no este deber de los adquirentes, ya que los preceptos

indicados imponen a los futuros propietarios el deber de cumplir los compromisos que el primero hubiese contraído con la Administración urbanística, entre los que se encuentra el deber de ejecutar las obras de urbanización, y que, no cumplido por aquel, se transmite, en virtud del aludido principio de subrogación real, a los adquirentes, razón por la cual los actuales propietarios de las parcelas han de pagar al Ayuntamiento los costos de las obras de urbanización. La subrogación real –ha dicho también la Sala 3.^a del Tribunal Supremo– congela el régimen urbanístico de la propiedad inmobiliaria, con independencia de quien sea su titular, evitando, de esta forma, que el simple cambio en la titularidad dominical de una finca pueda alterar tanto las limitaciones y deberes legales como los compromisos contraídos con la Administración urbanística, pues las normas urbanísticas –y, por tanto, los planes de esta naturaleza– son Derechos necesarios, que no puede ser desconocido por los particulares adquirentes de fincas sobre las que pesan determinadas limitaciones o deberes (SSTS 31 mayo y 30 de diciembre 2005, 7 julio 200 y 18 y 29 de enero y 16 de julio de 1996)”.

Por su parte, la sentencia del TS 10190/2003 de 12 de mayo de 2006, se inserta en la línea jurisprudencia que abala esta tesis, entendiendo que los principios hipotecarios ceden en materia urbanística ante las medidas de restablecimiento de la legalidad. La sentencia aborda la necesidad del derribo total del edificio como único modo de ejecutar la sentencia, matizando pronunciamientos anteriores y argumentando que aunque la sentencia de cuya ejecución se trate ordenara sólo el derribo de una parte de la edificación –por ser esa parte y no el todo la que contraviene las normas jurídicas infringidas por la licencia a cuyo amparo se levantó–, ello no impide que en ejecución de sentencia pueda optarse por una solución que imponga el derribo total como modo de ejecución, cuando el derribo parcial resulte imposible o no aconsejable.

Finalmente aborda la sentencia la cuestión de la protección registral de los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ha ordenado declarando que el art. 34 de la LH no proporciona tal protección frente a la exigencia de ejecución de la sentencia, con independencia de que pudiera eventualmente plantearse la imposibilidad de la ejecución, la resolución de los contratos adquisitivos o el resarcimiento de daños y perjuicios.

En este recurso se planteaba igualmente si el reconocimiento del derecho indemnizatorio que pudiera asistir a los terceros adquirentes y la determinación del sujeto obligado a hacerlo efectivo se había de establecer de modo previo a cualquier acción materialmente ejecutoria, pero la Sala no entra en esta cuestión por considerarla ajena a la ejecución en sí misma. Sí aborda, por el contrario, la sentencia del mismo Tribunal de número 2135/2004 de fecha de 6 de febrero de 2007, que aparte de reiterar la anterior doctrina sobre protección de terceros adquirentes y de aclarar que no queda supeditada la ejecución a la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio, que carecería de sentido cuando ya ha sido anulado judicialmente el acto administrativo, con lo que no habría nada que revisar, afirma que nada hay en la sentencia en ejecución que supedita la demolición ordenada a una previa o simultánea declaración sobre derecho de los perjudicados a ser indemnizados y responsabilidad de los causantes del daño.

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del mismo Tribunal 1260/2005 de fecha de 25 de septiembre de 2007 y 1745/2007 de 4 de febrero de 2009. Esta última declara:

“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 un derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado”

Se insiste por la Sala, con cita de esta misma sentencia, que en materia de restablecimiento de la legalidad urbanística no cabe invocar la condición de tercer adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, pues el principio de subrogación determina que:

“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”.

La jurisprudencia no viene más que a confirmar lo que ya afirmaba la doctrina. Una de las posibles consecuencias de la anulación de las licencias, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1987⁸ es la “imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada” o la necesidad de proceder a “la demolición de lo realizado”. En este último caso, las construcciones pueden estar terminadas y vendidas a terceros y éstos, a su vez, pueden haberlas transmitido o arrendado a otras personas o haber obtenido créditos hipotecados sobre los inmuebles. Y dichos terceros son los auténticos perjudicados porque como ya hemos visto no pueden ejercitar la acción de tercer adquirente de buena fe.

Sin embargo, el tercer adquirente puede ver resarcido su derecho mediante dos acciones independientes: por un lado, la acción de responsabilidad ante la Administración que haya otorgado la licencia⁹ y, desde una perspectiva jurídico-privada, la acción civil derivada incluso del contrato que vincule al titular de la licencia con el sujeto perjudicado.

⁸ Fundamento Jurídico 7º

⁹ En contra, vid. L. MARTÍN REBOLLO (“La responsabilidad patrimonial...”, cit.), quien afirma que “no cabe en tales supuestos que estos otros perjudicados se dirijan contra la Administración sino que, tratándose de relaciones jurídico-privadas, será en ese campo donde se solventarán las responsabilidades que, en su caso, procedan”

En el supuesto en que el titular de la licencia (que, por ejemplo, puede haber fallecido o quebrado) no tenga ya ninguna relación directa con el sujeto perjudicado, existirán, sin embargo, nexos contractuales entre, por ejemplo, el comprador perjudicado y el vendedor propietario no titular de la licencia anulada y ajena a ella. También en este caso pueden coexistir independientemente las acciones civiles (nacidas del contrato correspondiente) y administrativa. Conviene tener en cuenta que el éxito en el ejercicio de la acción civil de responsabilidad contractual puede dar lugar a que el condenado por la jurisdicción ordinaria ejercite ante la Administración que haya otorgado la licencia anulada una acción de responsabilidad extracontractual.

La acción de responsabilidad:

Es evidente que cuando se anula una licencia previamente concedida (salvo que la anulación se declare en vía contenciosa), el daño lo causa directamente un acto administrativo: el acto de anulación de la licencia o el acto de denegación de su otorgamiento. En el supuesto en que su pretensión no prospere en vía administrativa, el sujeto perjudicado deberá acudir a la vía contencioso-administrativa para conseguir la anulación de dicho acto y/o la consiguiente reparación de los daños.

Si la pretensión consiste exclusivamente en la obtención de una indemnización de los daños y perjuicios, el plazo de la acción es de un año, como se desprende del antes citado art. 142.5 de la LRJPAC de 1992.

Si lo que se pretende es lograr la anulación del acto en cuestión, el plazo de interposición del recurso es de dos meses a contar de desde su notificación. Después de la interposición del recurso contencioso-administrativo, el sujeto perjudicado puede ejercitar su derecho a indemnización de dos maneras.

En primer lugar, de conformidad con el art. 31 de LJCA de 1998, el sujeto perjudicado puede optar por ejercitar su derecho a indemnización (como restablecimientos de una situación jurídica individualizada) en el marco del mismo proceso de anulación del acto lesivo (ejercicio simultáneo de ambas pretensiones), como pretensión subsidiaria de la anulación. En tal caso, la indemnización puede solicitarse tanto en la demanda como en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones, aunque no se hubiera solicitado con anterioridad, como se desprende del art. 65.3 de la LJCA de 1998.

Finalmente, conviene añadir que la cuantía de la indemnización puede fijarse en la misma sentencia (en el caso en que lo pida expresamente el demandante y conste probados en autos elementos suficientes para ello) o quedará diferida al período de ejecución de la sentencia, sin perjuicio de que, en este último caso, la sentencia tenga que establecer las bases para determinación de la cuantía. Se aplica aquí el art. 71.1.d) de la LJCA de 1998, según el cual *“Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo: [...] si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en*

autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia.”

La segunda alternativa es la de poner en marcha, en un primer momento, la pretensión de anulación del acto lesivo y, una vez estimada, ejercitar la acción de responsabilidad de manera independiente (ejercicio sucesivo de ambas pretensiones). En este caso, el plazo vuelve a ser de un año a contar desde la sentencia de anulación. En efecto, el art. 142.4 de la LRJPAC de 1992 establece que: *“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el núm.5”*

Por último señalar que la cuantía de la indemnización se fijará de acuerdo a estos parámetros: a) el coste de reposición de la edificación de acuerdo con la normativa catastral, b) el valor de la mudanza, c) la indemnización por daño moral de los particulares que dependerá de si la edificación es primera o segunda residencia, e) el coste del proyecto y las tasas para el caso de ser autopromotor y f) otros conceptos a la vista del caso concreto como pueden ser mejoras realizadas en la vivienda cuando no estén incluidas dentro del coste de reposición, o el coste de implantación de servicios urbanísticos básicos, por ejemplo. Todas estas cantidades deberán ser incrementadas en el IPC interanual, así como con los intereses legales de aplicación.

Un último concepto que cabría aclarar es el concepto de la buena fe. Aunque en nuestro derecho la buena fe se presume, lo cierto es que en este caso concreto, el adquirente de la vivienda va a tener que poner de relieve que en el momento que se hizo con el inmueble desconocía (o no podía conocer bajo los parámetros de la lógica diligencia) la afección del inmueble a una sentencia que ordenase su demolición. Esta buena fe será más que palpable en aquellos propietarios originarios, pero más dudosa en los siguientes adquirentes; sobre todo porque solo les queda abierta la vía de la responsabilidad penal por estafa del anterior propietario.

Ahora bien, a los propietarios anteriores a la sentencia de demolición, siempre les quedará la acción civil frente al anterior propietario o, más comúnmente, la acción civil frente a la promotora-constructora a la que le corresponde ostentar las licencias municipales preceptivas.

4.- Sobre la posición jurídica de los vecinos de Eiravedra: si el Ayuntamiento fuese condenado a satisfacer algún tipo de indemnización, ¿qué acciones podrían ejercitarse para resarcir al erario municipal?:

Regulación estatal: El artículo 68 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL), que es legislación básica, dispone: *“1. Las Entidades Locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos. 2. Cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles. 3. Si en el plazo de esos treinta días la Entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la Entidad Local. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido”*.

El artículo 220 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante, ROF), por el que se aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales, se establece que: *“1. Las Entidades Locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos. 2. Cualquier vecino que se hallare en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles. 3. Si en el plazo de esos treinta días, la Entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la Entidad Local, facilitándoles ésta los antecedentes, documentos y elementos de prueba necesarios y que al efecto soliciten. 4. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido.”*

Por su parte, el artículo 54 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL), estatuye, en su párrafo 3, que: *“Los acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Entidades Locales deberán adoptarse previo dictamen del Secretario, o, en su caso, de la Asesoría Jurídica y, en defecto de ambos, de un Letrado.”* Recordemos que este precepto tiene carácter básico, según lo dispuesto en la Disposición Final 7.a TRRL.

El artículo 46 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (en adelante, RBEL), preceptúa: *“El ejercicio de la acción investigadora podrá acordarse:... 2.º Por denuncia de los particulares.”* Y el artículo 47 del mismo cuerpo legal dispone: *“Para que se admita la denuncia presentada por el particular es preciso que el mismo anticipe el importe de*

los gastos en la cuantía que se estime necesaria, que no será menor de 10.000 pesetas ni excederá de 100.000. La Corporación queda obligada a justificar detalladamente los gastos efectuados y a devolver, en su caso, el sobrante.” Este precepto que, como veremos, no es aplicable al instituto que nos ocupa, sin embargo puede servir de guía o pauta para mejorar el contenido del mismo de lege ferenda.

En esta línea las legislaciones autonómicas también se ocupan de estas acciones, que podemos clasificar de la siguiente manera:

a) Legislaciones autonómicas de Régimen Local que regulan de una forma más o menos similar a la estatal el instituto de la sustitución del Ayuntamiento por los vecinos en el tema que tratamos, siquiera en algunos casos se añada alguna especialidad o especificación más.

b) Legislaciones autonómicas de Régimen Local que omiten toda referencia sobre este particular, por lo que debe entenderse que entra en aplicación supletoriamente el Derecho estatal, en virtud del artículo 149.3 CE.

Y es en el primer grupo den donde encontramos la Ley gallega 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, que en su artículo 284.2 establece: “*Las Entidades Locales tendrán plena capacidad para ejercer todo tipo de acciones y recursos en defensa de sus derechos y (sic) patrimonio.*” Una segunda norma que podemos insertar dentro de este primer grupo es la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, en cuyo artículo 173.2 se dispone: “*Las Entidades Locales tienen la obligación de ejercitar todos los medios, acciones y recursos en defensa de sus bienes y derechos. Cualquier ciudadano podrá requerir ese ejercicio a la Entidad Local interesada.*” Nada nos dice del procedimiento administrativo a seguir ni los efectos del incumplimiento por la Entidad Local, por lo que entendemos que, hasta tanto no se dicte el Reglamento que desarrolle la Ley en este punto (que, por lo demás, deberá respetar el art. 68.2 LRBRL), habrá que estar a lo dispuesto en la legislación estatal.

De todas formas, el precepto es ya directamente aplicable, sin necesidad de tal desarrollo entiendo, por lo que habrá que analizar su justa extensión y límites.

La legitimación de los vecinos en materia de recuperación y defensa del patrimonio local.: naturaleza, fundamento y finalidad:

Por lo que respecta a la naturaleza de la institución, hemos visto cómo alguna legislación autonómica sobre Administración Local califica a esta técnica de «subrogatoria». Mas hemos de decir que ello no es correcto si por subrogación entendemos las técnicas jurídicas de sustitución con un régimen jurídico concreto y preciso regulado en el Código Civil (por ej. la establecida en el artículo 1.111 del Código Civil para los acreedores del deudor, que se subrogan en el lugar de éste, ejercitando los derechos y acciones que le correspondieran). Pero sí puede ser correcto si, siguiendo la definición que nos da el Diccionario de la Real Academia, entendemos

por subrogación la sustitución o puesta de una persona o cosa en lugar de otra, esto es, se trataría de una mera sustitución, de carácter genérico, sin connotaciones de otras ramas del Derecho.

Entiendo que por ello algunos autores muy cualificados se inclinan por la naturaleza de “sustitución procesal”. Y a mi juicio la atribución de tal naturaleza, aunque ellos no lo justifican, sería plenamente congruente, toda vez que el *dies a quo* de la sustitución no comienza hasta que han pasado treinta días desde el requerimiento del vecino y la Administración no acuerda, por vía expresa o tácita, el ejercicio de las acciones solicitadas, es decir, en la práctica hasta que se incoa el proceso contencioso-administrativo. Además, ello vendría corroborado por el término “acciones”, que denota un carácter eminentemente procesal.

De todas formas, personalmente me inclino por una naturaleza híbrida, según el administrado actúe en vía administrativa a través del requerimiento (en cuyo caso es evidente que todavía no se ha producido la sustitución) o en vía contencioso-administrativa, a través de los recursos judiciales procedentes. En el primer caso o etapa estaríamos ante un mero ejercicio de una especie de recurso de reposición o reclamación administrativa previa (que supliría a estos, si bien no estaría sujeto a su régimen jurídico) y en el segundo ante una típica sustitución procesal.

Por lo demás, los vecinos ejercitan la acción “en nombre e interés de la Entidad Local”. “En nombre” de la Entidad Local querrá indicarnos que actúa en su lugar pero a los solos efectos previstos en la legislación, es decir, a los solos efectos de “defensa” de los bienes locales. Es decir, estaríamos ante una sustitución legal, que opera *ex lege* y no ante una representación tal y como se conoce en Derecho privado, ya que en esta última figura se precisa una autorización del sujeto representado, bien sea expresa o bien tácitamente, realizada por hechos concluyentes.

Ese carácter meramente sustitutorio, a mi entender, legitima la actuación *expost* o *aposteriori* de la Entidad Local, es decir, una vez que se ha incoado el proceso contencioso-administrativo devendrá inoperante si no es “en defensa” de los bienes locales, por ejemplo, si es para negar expresamente la propiedad del bien, pues ello ya lo decidirán los Tribunales, pero si es “en defensa” de los bienes locales, por ejemplo, si es para afirmar la propiedad del bien y enmendar la plana, entendemos que la Corporación Local sí podrá ejercitar la facultad de recuperación de oficio o *interdictum proprium* y recobrar la posesión del bien hasta tanto no recaiga sentencia, dado que la sustitución procesal tiene en ello una de sus finalidades y puede beneficiar a la Corporación Local (plazos de ejercicio de acciones, de prescripción extintiva o adquisitiva, etc.).

Naturalmente, en este caso el Ayuntamiento debería pagar al vecino los gastos que se le hubieren ocasionado hasta ese momento. Así y todo, el pleito entendemos que, según los casos, en principio no terminaría por falta de objeto, sobre todo si lo que el vecino reclama es la propiedad del bien. Otra interpretación, que lleve al particular a actuar no “en nombre” de la Corporación Local, sino en sustitución completa de ésta y con

imposibilidad de actuar *expost* por parte de la misma, nos llevaría a hablar de “subrogación”. Algún autor ha propuesto una solución similar, al aseverar que la Corporación Local, aun después de producida la sustitución, sigue disponiendo de la relación jurídica objeto del pleito, y puede ejercer las facultades que la misma le atribuye, pero con un límite, cual es que si se trata de facultades de carácter dispositivo, cuyo ejercicio suponga riesgo o perjuicio para la acción del sustituto, hay que entender que el sustituido carece de legitimación para ello. En este sentido, a título de ejemplo, la Corporación Local podría comparecer en el juicio, si decide poner fin a su inhibición, pero esta presencia no mermaría la posición de parte y las facultades que en cuanto tal le corresponden al vecino “en interés” de la Entidad Local quiere decir que el beneficio que se obtiene de la sustitución procesal es a favor de ésta, pues el vecino personalmente nada gana, al fin y a la postre, con ello.

En cuanto al requerimiento del particular a la Entidad Local estamos ante una especie de reclamación contra un acto o, mejor, hecho de otro particular (el tercero causante del perjuicio), no de la Administración, pero que perjudica a ésta. Sin duda, un caso ciertamente curioso en el marco de un procedimiento administrativo triangular, en el que pueden intervenir tres partes perfectamente diferenciadas, el reclamante, la Administración Local interesada y el tercero que presuntamente perjudicó el patrimonio de la Administración.

Por otra parte, como han resaltado algunos autores, desde el punto de vista procesal el supuesto que se regula en el artículo 68 LRBRL “*no constituye una manifestación de la acción pública, como a veces se ha sostenido, sino más bien un caso típico de legitimación indirecta o de sustitución procesal propiamente dicha, puesto que los vecinos en cuestión no actúan en defensa de pretensiones propias, sino de las mismas pretensiones que podría hacer valer el Ayuntamiento en cuyo lugar se subroga con los mismos supuestos, plazo y condiciones que a éste se exigieran, más las que deben cumplir los vecinos que les sustituyan*” (STS de 26 de abril de 1966 y de 27 diciembre de 1974). Aunque mirado desde otro prisma, bien pudiera decirse, como ha hecho algún autor, que también existe un interés “propio” del vecino en estos casos de sustitución, en la medida en que se trata de un miembro más de la Entidad Local, la pasividad de la misma repercutirá desfavorablemente sobre su propia condición vecinal.

En efecto, a mi entender, la acción contemplada en el artículo 68.2 LRBRL no es una verdadera acción pública, dado que el actor o demandante no puede ser cualquier persona, sino sólo una determinada clase de personas, los vecinos del Municipio. Por consiguiente, más que de acción pública habrá que hablar de acción vecinal. Además, otro argumento para entender que no estamos ante una acción pública es que los vecinos “solamente pueden hacer valer las pretensiones que podría hacer valer el propio Ayuntamiento, y con los mismos supuestos, plazo y condiciones que a éste se exigieran, más las que deban cumplir los vecinos que les sustituyan”. Por ejemplo, si a la Corporación Local le quedaban tres meses para poder interponer un interdicto, ese mismo plazo le queda al vecino. Finalmente, la acción pública está concebida en nuestro

Ordenamiento por lo general en defensa del mero mantenimiento de la legalidad (vgr. acción pública urbanística), cosa que no ocurre en nuestro caso.

En cambio, en la Ley aragonesa examinada sí parece regularse una verdadera acción pública al menos desde el punto de vista del sujeto legitimado, que no del objeto y plazos de ejercicio de la pretensión, ya que éstos son los mismos que rigen para la Corporación renuente. Desde otro punto de vista, estamos ante un instituto que no es sino una forma más de control de la Administración por los particulares, por lo que debe potenciarse en un Estado de Derecho como el nuestro.

Además, para terminar estas líneas sobre la naturaleza jurídica del instituto que estudiamos, hemos de decir que, como han dicho algunos autores, mirado desde otro ángulo, estamos ante un supuesto de colaboración privada en el ejercicio de prerrogativas de las Entidades Locales. Por otra parte, en lo relativo al fundamento de este instituto sustitutorio podemos decir que el mismo se desagrega, a su vez, en tres, a saber:

1.-En primer lugar, tendríamos un fundamento constitucional para los bienes demaniales y comunales, en sede del artículo 132.1 CE.

2.- En segundo lugar, encontramos un fundamento legal bifronte, por un lado, derivado de la obligación de defensa de los bienes que tiene las Entidades Locales (art. 68.1 LRBRL), la cual tiene tal intensidad que caso de incumplimiento de la misma, los vecinos pueden requerir a dichas Entidades su ejercicio; y por otro lado, derivado del derecho más genérico que otorga a los vecinos el artículo 18 LRBRL, en especial en su apartado c) *in fine*. En la legislación autonómica algunas Leyes de Régimen Local, como la aragonesa de 1999 citada, reconocen también, incluso más explícitamente, este derecho a los vecinos.

3.- En tercer lugar, encontramos un fundamento lógico, pues si las autoridades y personal de las Corporaciones Locales, como resulta obvio, no pueden llegar a controlar todas y cada una de las usurpaciones que se producen en todo el vasto término municipal (por falta de personal, ser muy extenso dicho término, por desidia o por negligencia), debe autorizarse por Ley a cualquier vecino para que ejercite el requerimiento y acciones que estudiamos, pues éste, en último término, también encarna el interés general. Con ello se completa el cuadro de garantías de los bienes de las Entidades Locales, lográndose una mayor y más eficaz tutela de tales bienes.

Y en cuanto a la finalidad que se persigue con la institución parece claro que es conseguir que el patrimonio de las Entidades Locales no sufra perjuicio ni mengua por abandono o negligencia de éstas

Presupuestos o requisitos para el ejercicio de este derecho: podemos estructurar este apartado en requisitos subjetivos, objetivos y de la actividad:

a) Requisitos subjetivos: En cuanto al sujeto activo, cualquier “vecino” podrá requerir a la Entidad Local interesada, reza el artículo 68 LRBRL. Para saber quién

ostenta la cualidad de vecino debe acudir al artículo 15 LRBRL que establece que son vecinos “los inscritos en el Padrón municipal” y “la condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón”. Para ser inscrito en el Padrón de habitantes de un Municipio se requiere que el sujeto viva en España y resida habitualmente en ese Municipio, a tenor de lo dispuesto en los artículos 54 y 55 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales. Por tanto, si vecinos son todas aquellas personas que residiendo habitualmente en un

Municipio están inscritos en el Padrón de habitantes del mismo, habremos de colegir que también los extranjeros residentes habitualmente en un Municipio e inscritos en el Padrón citado son vecinos y, por ende, pueden ejercitar las acciones previstas en el artículo 68 LRBRL.

Lo que no parece correcto es entender que en el supuesto previsto en el artículo 68 LRBRL no sólo está legitimado el vecino, sino también el particular no vecino en determinados casos. Por eso, no parece que esté conforme con la Ley estatal, la declaración que ha hecho algún Tribunal Superior, cuando dice:

“nos hallamos ante una situación creada por la inactividad de la Administración que impide a un particular el ejercicio legítimo de un derecho como es el de libre circulación por los caminos públicos, nos hallaríamos, que la estricta legitimación concedida por la condición de vecino se vería ampliada por el hecho de tener una legitimación propia representada por el interés general de la corporación representado por la libre circulación por los caminos municipales, y el particular constituido por el libre acceso a sus fincas por el camino específicamente construido para tal fin; legitimación personal consagrada por la dejación de potestades efectuada por la Administración, que, en técnica procesal, se resuelve bajo la figura de la sustitución procesal.”

Aunque el esfuerzo sea loable, entiendo que ello no viene amparado por la norma estatal. Ese vecino ha de hallarse “en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos”, lo que equivale a tener capacidad de obrar plena, sin restricciones por circunstancias que la modifiquen en sentido negativo.

Caso de fallecer el vecino una vez interpuesto el requerimiento, pero antes de ejercitar la acción procesal correspondiente, la jurisprudencia ha entendido que el derecho a poder accionar por sustitución se transmite a los causahabientes en virtud del artículo 661 Código Civil. En cuanto al sujeto pasivo, el precepto habla de “Entidad Local”, luego, los bienes que se intentan proteger pueden ser de titularidad de cualquier Ente Local, inclusive supra o inframunicipal, esto es, de cualquier Ente Local con capacidad para ser titular de bienes y derechos, pues en otro caso no se acertaría a comprender la razón por la cual puede operar esta técnica sustitutoria respecto de un Municipio y no respecto de un ente supramunicipal, porque la Ley ampararía una mayor protección de los Municipios que de otros Entes Locales; ni tampoco se acertaría a comprender porque la Ley habla de “Entidad Local” y no simple y llanamente de Ayuntamiento.

Sin embargo, entonces surge la duda de qué vecinos podrán requerir a un ente supramunicipal o inframunicipal, los de todos los pueblos de la mancomunidad, comarca o provincia respecto del primero o los vecinos residentes en la entidad local menor respecto del segundo. De ahí que sea más correcta la Ley aragonesa citada cuando habla de “ciudadanos” que la legislación estatal, que se refiere a los «vecinos», puesto que éstos deben serlo de un Municipio.

En cuanto al sujeto causante del perjuicio o daño a los bienes o derechos del Ente Local, éste podrá ser tanto una persona física como jurídica, y tanto un persona privada como una persona jurídico-pública. Ahora bien, ese sujeto que irrogó el perjuicio no puede ser, según la jurisprudencia, la propia Administración Local propietaria del bien, lo cual a mi juicio no es acertado, pues las Entidades Locales son las primeras que deben velar por la defensa de sus bienes y derechos. Además, la identificación de este causante del daño es una carga que pesa sobre el sujeto activo, dado que debe darse conocimiento del requerimiento efectuado a la Entidad Local a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones. Sin embargo, a nuestro entender, en caso de no conocerse la identidad de los mismos, debe seguirse, si fuere posible, el procedimiento de notificación que prevé el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, notificación edictal, y proseguir el procedimiento, es decir, se trataría de agotar todos los medios para averiguar quién es ese tercero que ha causado perjuicio al patrimonio local. Ahora bien, en vía administrativa, a la vista del plazo tan perentorio que prevé la Ley, este tipo de notificaciones sólo podrá realizarse en el plazo que va desde el requerimiento a la Entidad Local hasta que se agoten los plazos para interponer los recursos procesales pertinentes. De ahí que algunas regulaciones comunitarias parezcan dar a entender que esos antecedentes son el paso previo a la acción procesal.

b) Requisitos objetivos: en primer lugar, cabe decir que el objeto material susceptible de defensa por los vecinos está constituido, según el artículo 68 LRBRL, por los “bienes y derechos” de las Entidades Locales. El artículo 1 del RBEL dispone, en su párrafo primero: *“El patrimonio de las Entidades Locales estará constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenezcan.”* La diferencia entre ambos preceptos es que en este último las acciones son una parte integrante del patrimonio, mientras en el primero las acciones serían los medios de defensa (las “acciones necesarias”) de los bienes y derechos, de ahí que no se nombren. En lo atinente a los “bienes” éstos podrán ser demaniales, comunales o patrimoniales, y estar destinados a un uso común (general o especial) o privativo. Y en lo concerniente a los “derechos”, éstos podrán ser de cualquier naturaleza, siempre que conformen el patrimonio de la Entidad Local. Algún autor llega incluso a contemplar que la dicción “derechos” permite incluir toda clase de acciones que puedan ejercitarse ante cualquier jurisdicción, sin que quepa limitarlas a las que tengan carácter o consecuencias de tipo patrimonial.

En segundo lugar, cabe preguntarse para qué tiene legitimación el vecino, esto es, cuál es el objeto de la legitimación del actor. Para contestar esta cuestión, hemos de distinguir entre:

b 1) Legitimación en vía administrativa, en la cual está legitimado el vecino para “requerir” el ejercicio de acciones a la Entidad Local interesada.

b2) Legitimación en vía procesal, en la cual está legitimado el vecino para “ejercitar las acciones” necesarias en defensa de los bienes y derechos de la Entidad Local. En esta segunda vía, entiendo que el vecino podrá ejercitar la acción tanto en vía contencioso-administrativa como en vía civil, e incluso en último extremo, principio de intervención mínima, en la penal, pues téngase en cuenta que las cuestiones de propiedad y los interdictos contra los particulares deben ventilarse en vía civil y de no poder ejercitar las acciones correspondientes en esta vía, la protección de los bienes podría quedar coja o incompleta; y que en casos graves, delito de daños, etc., deberá intervenir, de oficio incluso, la jurisdicción penal. De todas formas, como veremos más adelante, la mayoría de los casos que se han llevado a los tribunales lo han sido por la vía contencioso-administrativa, aunque un buen número de ellos también se ha reconducido por la vía civil. Y ninguno, que yo conozca, por la vía penal.

En tercer lugar, hemos de referirnos al alcance o contenido de estas acciones. La Ley habla de todas las “acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos”, luego serán tanto de naturaleza civil o, mejor, privada (*verbi gratia*: acción reivindicatoria o interdicto de recobrar la posesión) como de naturaleza administrativa, de ahí que no se hable de recursos, sino de acciones. Y podrán ser, a pesar de lo que diga la dicción literal del texto, que está utilizada en sentido vulgar y no técnico-jurídico, tanto acciones como excepciones u otros remedios procesales, pues el término acciones está empleado en sentido amplio. Esas acciones han de ser “para la defensa” de los bienes y derechos, de tal manera que el particular estará legitimado para interponer cuantas acciones tiendan a la defensa, favorezcan al patrimonio local (*ad exemplum*: incluso entiendo obligando a formar el Inventario a la Corporación Local que no tenía, pues dicha acción iría en “defensa” de los bienes de ésta); pero no estará legitimado para ejercitar acciones que perjudiquen el patrimonio de la Entidad Local, como, por ejemplo, el recurrir para que la Entidad Local devuelva a un particular un bien expropiado ilegalmente y ahora en el patrimonio local.

Finalmente, añadir que esta sustitución procesal no puede emplearse al servicio de interés particulares, sino altruistas, exclusivamente de defensa del patrimonio local, pues ello supondría un fraude de ley⁴⁴.

C) Requisitos de la actividad

C. 1) Órgano ante quien puede interponerse el requerimiento:

C. 1.1) En vía administrativa: nada dice la legislación de Régimen Local a este respecto, por lo que podría entenderse que el órgano destinatario del requerimiento sería el Alcalde en virtud de la cláusula residual del artículo 21.1.s) LRBRL. Empero, nos parece más correcta la interpretación de que el requerimiento

deberá interponerse ante aquel órgano que sea competente para ejercitar la acción solicitada. Por ello, dependerá del significado, amplio o estricto, que le demos al término “acción”.

Si entendemos el término “acciones” en sentido estricto, será el Pleno de la Corporación el órgano ante quien puede interponerse el requerimiento, pues sólo este órgano podrá luego ejercitar dichas acciones [art. 22.2.j) LRBRL]; salvo que existiere urgencia para ejercitar las acciones, que será lo más probable en el caso concreto, dado el plazo tan fugaz que tiene para pronunciarse la Entidad Local [art. 21.1.i) LRBRL], en cuyo caso la competencia recaerá en el Alcalde. Y si entendemos el término “acciones” en sentido amplio, como hemos hecho nosotros, tendremos que el órgano ante quien debe interponerse el requerimiento dependerá del órgano que tenga encomendada la competencia para ejercitar una determinada acción según la legislación de Régimen Local, aunque en materia de bienes sólo excepcionalmente recae la competencia en el Alcalde [vgr. en materia de lanzamiento en desahucio administrativo ex art. 21.1.s) LRBRL], por lo que por lo general será del Pleno .

De todas formas, entiendo que aunque el requerimiento se interponga, por error, ante el Alcalde, no podrá por ese solo motivo desestimarse el mismo, sino que lo procedente será que dicho órgano lo eleve al Pleno de la Corporación de forma urgente, prosiguiendo sin más dilación el procedimiento.

Por lo demás, recordemos que, según el artículo 22.4 LRBRL, el Pleno puede delegar el ejercicio de acciones en el Alcalde o en la Comisión de Gobierno; y que obviamente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21.3 la atribución referida del Alcalde para casos de urgencia no es delegable.

C.1.2.) Los órganos judiciales ante quienes han de interponerse los recursos en vía judicial variarán dependiendo del proceso que se siga.

C.2) Requisitos temporales: guarda silencio la Ley respecto al plazo para interponer el requerimiento por el vecino. Entendemos que es una acción sui generis que puede ejercitarse en vía administrativa hasta tanto no haya prescrito el derecho de la Entidad Local sobre sus bienes y derechos, y recordemos que los bienes de dominio público y comunales son imprescriptibles según el artículo 132.1 CE. Los plazos para interponer los recursos en vía judicial serán los que establecen las leyes procesales, con la especialidad que luego veremos (de ampliación del plazo por treinta días hábiles).

C.3) Requisitos formales:

C.3.1. El procedimiento administrativo especial de requerimiento y los procesos judiciales en defensa del patrimonio local. En primer lugar, señalar que los acuerdos para el ejercicio de las acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Entidades Locales deben adoptarse por el Pleno de la Corporación [art. 22.1j) LRBRL] o por el Alcalde o Presidente en caso de urgencia [art. 21.1.i) LRBRL],

pero siempre “*previo dictamen del Secretario o, en su caso, de la Asesoría Jurídica y, en defecto de ambos, de un Letrado*” a tenor de lo dispuesto en el artículo 54 TRRL. No obstante, en caso de que el dictamen fuere contrario a la recuperación del bien, la Administración Local puede optar por recuperarlo, si bien si opta por seguir el dictamen, éste será siempre un justificante de su conducta.

Ya hemos examinado la dicotomía entre defensa en vía administrativa y defensa en vía procesal. En cuanto a esta última, entendemos que deberá seguir los cauces procesales establecidos por los diferentes procesos en defensa del patrimonio municipal. Así, por ejemplo, cuando se ejercite la acción reivindicatoria deberán seguirse todas las fases del proceso que regula la LEC al efecto. Además, en caso de que el objeto de la pretensión excediere de lo habilitado por el artículo 68 LRBRL, el órgano judicial declarará la inadmisión del recurso judicial por falta de legitimación activa

Y por lo que respecta a la primera, esto es, a la defensa en vía administrativa, la Ley tan sólo menciona al requerimiento, término éste de escaso uso en la legislación administrativa para estos casos. Ya hemos dicho que, a nuestro entender, el requerimiento suple a la reclamación administrativa previa y al recurso de reposición, dado que cumple idéntico rol que éstos. La jurisprudencia ha declarado que el recurso de reposición puede tener también valor de requerimiento 48 o, dicho de otra manera, que es indiferente el título que se le dé a la reclamación (en muchas de las sentencias estudiadas se le había denominado por el particular petición o instancia, lo cual es aceptado por la jurisprudencia).

Surgen aquí varias preguntas, como: ¿estaremos ante un procedimiento administrativo especial, al que le son de aplicación supletoria las normas esenciales de todo procedimiento administrativo contenidas en la LRJAP y PAC, con las especialidades establecidas al efecto en la legislación de Régimen Local? La respuesta entendemos que debe ser afirmativa. De este modo, el requerimiento del vecino, sin necesidad de otro documento, incoará el procedimiento administrativo de defensa del bien. Pero ese requerimiento debe tener un *mínimum* de forma ha declarado la jurisprudencia, no ser impreciso, debiendo contener obviamente el bien o derecho que ha sufrido perjuicio, la persona-s ad extra de la Corporación Local que han causado el perjuicio (si bien no es preciso que las conozca todas 49) y el concreto tipo de acciones civiles, penales o administrativas que solicita se ejerciten 50, aunque aquí entiendo que no debe exigírsele al vecino que exprese el concreto y específico *nomenjuris* de la acción procesal, sino que bastará con que de su escrito se desprendan las acciones a emprender, de suerte que el requerimiento indeterminado provocará la inadmisión de la demanda.

De este requerimiento, según la Ley, se ha de dar conocimiento por la Corporación Local⁵¹ a quienes pudieran resultar afectados por las correspondientes acciones, de lo que se infiere que el vecino reclamante, si lo conoce, debe incluir en su reclamación al terceros que han menoscabado el patrimonio local. Caso de no conocer a dicho tercero, entiendo que la Corporación Local debe investigar quién es. Mas ello deberá tener lugar con celeridad, dado el perentorio plazo de treinta días hábiles que establece la Ley para

que opere la sustitución, de lo que se deduce que no estamos ante el reglado procedimiento administrativo de investigación regulado en los artículos 45 y ss. RBEL, dado que en él los plazos son mucho mayores. Una vez interpuesto el requerimiento, éste tiene el efecto de suspender el plazo para el ejercicio de las acciones procesales pertinentes, luego, los plazos establecidos en la LEC y LJ se verán ampliados por treinta días, porque en otro caso podría suceder que si la acción iba a prescribir en un plazo inferior a treinta días, una vez pasados éstos ya no pudiera interponerse con éxito. De ahí que antes hayamos propugnado la vuelta al plazo de 2 meses de la LRL 1955 en lugar del actual de los treinta días. Entendemos que en esta fase del procedimiento también deben facilitarse por la Corporación Local al vecino cuantos “*antecedentes, documentos y elementos de prueba*” solicite éste y fueren necesarios, a pesar de que del tenor literal de la Ley pudiera desprenderse otra interpretación, ya que en otro caso este derecho de los vecinos otorgado *ex lege* pudiera reducirse a la nada.

En caso de no atender la Corporación Local este pedimento de pruebas realizado por el vecino, éste podrá interponer recurso de reposición contra el acto desestimatorio, ya que aun siendo un acto de trámite determina la imposibilidad de proseguir el procedimiento. Claro que habrá que ir caso por caso para confirmar esto. Interpuesto el requerimiento, la Entidad Local dispone de treinta días para pronunciarse, en sentido afirmativo o desestimatorio. En el primer caso (aceptación del requerimiento), si la Corporación Local decide definitivamente interponer la acción procesal debe hacerlo en un tiempo prudencial (no fija plazo la Ley, por lo que habrá de estarse a los plazos generales ej. de la acción reivindicatoria, etc.), aunque en todo caso previo el dictamen antes referido, y si pasa ese tiempo y no lo hace, el vecino podrá demandarla por inactividad a la Administración Local, o incluso solicitar responsabilidad patrimonial de la Administración o de sus agentes por su actividad obstruccionista.

Con todo, entendemos que ésta no está vinculada por el tipo de acción judicial que desee interponer el vecino y que puede haber plasmado en el requerimiento; pero si se interpone por la Entidad Local una acción a todas luces improcedente, el vecino debe tener expedita la vía judicial para interponer la acción más adecuada. En el segundo caso (denegación del requerimiento), si la Entidad Local no acuerda el ejercicio de acciones durante esos treinta días hábiles, por ejemplo, porque entiende que, a la vista de lo probado en el período de información pública, los razonamientos del vecino son infundados, queda expedita la vía procesal para este último. La respuesta negativa de la Administración que abre la vía del recurso judicial puede ser efectuada tanto expresa como tácitamente. Por último, señalar que la acción en vía judicial (o el acto de conciliación previo) tendrán también el efecto de interrumpir la prescripción adquisitiva que intentaba ganar el tercero poseyendo durante el plazo legalmente establecido el bien usurpado a la Entidad Local.

Por lo demás, decir que la Corporación Local en el período de instrucción del procedimiento puede, y de hecho será lo normal, solicitar informes y abrir un breve período de información pública, así como solicitar pruebas testificales o de otro tipo,

para el buen fin del procedimiento, siempre teniendo en cuenta el límite temporal que le marca la Ley en ese plazo de treinta días hábiles a contar desde el requerimiento.

Finalmente, surge la duda de si el requerimiento puede entenderse, por analogía, como recurso a los efectos de poderse revocar, al resolver el mismo, un anterior acto administrativo dictado por la propia Entidad Local en perjuicio de sus bienes. Entiendo que sí, por analogía con lo dispuesto en el artículo 215.3 ROF (requerimiento de las Administraciones de tutela al Ente Local y anulación por éste del acto o acuerdo) y disposiciones generales que regulan la vía de recurso. Dicha revocación se registrará por las normas generales que la regulan.

C.3.2) Efectos. Especial referencia al reembolso: prescribe la Ley que “de prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieren causado”.

A contrario sensu, si no prospera la acción, el vecino no tendrá derecho al reembolso de los gastos que haya sufrido. *Prima facie* surge el interrogante de si el derecho al reembolso sólo tendrá lugar en caso de prosperar el contencioso-administrativo o también tendrá lugar en caso de prosperar ya el requerimiento en vía administrativa. Téngase en cuenta que el reclamante puede ser que haya realizado diversos gastos ya en esa vía administrativa (fotocopias, abogado, asesor e incluso gastos de desplazamiento, alojamientos y comidas⁵⁸, etc.).

Si interpretamos *ad litteram* el precepto que comentamos, parece deducirse que sólo serían reembolsables los gastos ocasionados en vía procesal, toda vez que habla de “acción” y no de requerimiento, de “actor” y no de reclamante, términos todos ellos más propios de la vía procesal. Así y todo, entiendo injusto tal planteamiento, por lo que debiera corregirse de *lege ferenda*. La solución parece que puede venir en el Derecho vigente de la mano del principio que postula que quien puede lo más también obviamente tiene que poder lo menos, es decir, si el vecino caso de vencer en el pleito tiene derecho a ser reembolsado de las costas procesales (que incluirían por ejemplo el dictamen previo de un abogado), lo más, como no va a ostentar ese mismo derecho tener en caso de estimarse el requerimiento ya en vía administrativa, lo meno. Sin embargo, en la práctica este supuesto será más bien de laboratorio, pues, al igual que sucede con los recursos de reposición, en la praxis las Administraciones Locales son reacias a dar la razón al administrado, aunque su pretensión sea estimable.

Otra cuestión problemática es la de si ese reembolso lo será también de las tasas municipales por suministro de los “antecedentes, documentos y elementos de prueba necesarios”. Si la Corporación Local tiene establecida una tasa por expedir tales documentos y ni la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, contempla una exención de los mismos, ni la LRBRL contempla la gratuidad de esos documentos, cabría inferir que primero debe pagar las tasas el administrado reclamante y luego, si obtiene sentencia estimativa, solicitar el reembolso de dichos

gastos; aunque estimo que este aspecto debería también ser objeto de modificación de *lege ferenda*, a fin de no ahuyentar o disuadir a los vecinos de ejercitar este tipo de acciones.

El reembolso a que alude el precepto, como decía un municipalista muy cualificado, “deberá, de momento, ser a cargo de los fondos comunales, sin perjuicio de que la Corporación pueda exigir, en su caso, la pertinente responsabilidad civil, y penal, añadiríamos nosotros, a los miembros de la misma que incumplieron la obligación que les impone (la Ley)”. Y el reembolso de las costas procesales, como decía otro ilustre tratadista de Derecho municipal, “ha de ser a cargo del otro litigante, del que causó el daño o se apropió del bien municipal, si hubiere condena de ellas en la sentencia; y, en otro caso, a cargo de la Corporación que ha resultado favorecida con la decisión del pleito”.

Pero la Ley de nuevo se muestra parca al regular este derecho al reembolso y pueden surgir problemas, como qué plazo hay para solicitarlo (el de prescripción de las acciones personales entiendo), ante quién se solicita (dependerá de la cuantía de las costas procesales e indemnizaciones), forma de solicitarlo (mediante una simple instancia entiendo, cuya resolución negativa abrirá otro pleito en vía contencioso-administrativa). Obsérvese que una consecuencia de esta escasa regulación puede ser la inhibición de los vecinos a entrar en estas lides.

Límites al ejercicio del derecho

Podemos extraer de la jurisprudencia los siguientes límites al ejercicio de este derecho que asiste a los vecinos:

1.- No se puede obligar a las Corporaciones Locales a reivindicar sus propiedades si ellas no lo estimaran, de tal manera que no es enjuiciable el acuerdo municipal contrario al ejercicio de una acción procesal amparada en el artículo 68.2 LRBRL, a no ser que se ostente la legitimación que para ello exige la Ley Jurisdiccional.

Téngase en cuenta que ya dijo alguna jurisprudencia antigua que “el contenido del artículo 371 LRL 1955 es discrecional (y párese mientes en ello) y en consecuencia no se puede obligar ni a la Corporación municipal a ejercitar la acción, ni al Gobernador Civil a dar la autorización, cuando aquélla se negare y lo creyere procedente”.

Sin embargo, ello estimo que será la regla general para casos de prueba controvertida; mas en el supuesto de que fuere palmario a todas luces que una Corporación Local ha sido usurpada de parte de un bien y ésta, a pesar del requerimiento del vecino y de los informes o dictámenes a favor de la recuperación, no hace nada, entiendo que dicho vecino, aparte de ejercitar las acciones contempladas en el artículo 68 LRBRL, podrá utilizar la acción penal por prevaricación omisiva amparada en el deber legal que

impone el párrafo 1.º del artículo 68 LRBRL a las Entidades Locales de proteger y defender sus bienes “en todo caso”.

2.- Tampoco puede solicitarse una declaración de condena para las Entidades Locales cuando éstas se han negado, incluso sin razón, al ejercicio de la acción que se les solicitó por medio del requerimiento, lo cual, para algunos autores, “equivale a dejar sin sanción la obligación genérica que sobre los Entes Locales recae en el artículo 371 LRL 1955 (hoy 68 LRBRL)”.

En este sentido, no puede solicitarse la nulidad de un acuerdo municipal que afecte al patrimonio de la Entidad Local, pues ello excede del ámbito de la mera sustitución procesal contemplada en el artículo 68 LRBRL.

3.- Tampoco puede solicitarse por el vecino a la Entidad Local la declaración de lesividad de un acuerdo relativo a sus bienes, dado que la acción que contempla el artículo 68 LRBRL es una acción frente a terceros a la Entidad Local, pero no frente a la Entidad Local, cuyos acuerdos sólo pueden impugnarse por quienes estén legitimados.

Finalmente, decir que de la jurisprudencia que se analizará en el epígrafe V cabe colegir que parece que el vecino no puede accionar contra terceros si éstos están amparados en algún “título” (compraventa, etc.), sino más bien contra actos materiales de terceros no amparados por título alguno, ya que esta acción no está concebida para anular contratos ni actos o acuerdos municipales, pues para ello se requiere la legitimación general que exige la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa o la LEC. Si bien, como dijimos, entendemos que este planteamiento debiera corregirse de *lege ferenda*, pues ahorraría tiempo y dinero al vecino y a la Entidad Local, por más que en la praxis pudiera ser dudosa la eficacia de tal medida.

Por su parte, la jurisprudencia se ha pronunciado profusamente sobre esta acción en los siguientes términos:

- En la STS de 21 de febrero de 1999¹⁰, se dilucida el siguiente factum procesal: Varios vecinos solicitan, en vía contencioso-administrativa y en virtud del artículo 68 LRBRL, la nulidad de un acuerdo municipal de cesión de unos terrenos sin haberlos previamente desafectado del fin al que estaban adscritos. El Alto Tribunal declara que

“en ninguno de estos preceptos (art. 68.2 LRBRL y concordantes) se establece una acción popular a favor de los vecinos del municipio... y menos aún a obtener a priori una declaración de nulidad de los acuerdos municipales que los vecinos estimen contrarios al patrimonio municipal; por el contrario, la regulación legal contenida en los preceptos que antes se relacionan, cuya mención omiten los demandantes y apelados y tampoco cita la Sentencia recurrida, establece un equilibrio entre lo que es propio de la autonomía local y del poder de decisión de los órganos que encarnan su gerencia y de las facultades de los vecinos del municipio en orden a la defensa del patrimonio municipal”.

¹⁰ Ar. 4175 y Actualidad Administrativa nº. 46 [1999], pp. 3221 y ss.) Ponente D. Eduardo Camón Moyano.

-En la reciente STSJ Castilla y León con sede en Burgos de 10 de diciembre de 1999, se trataron los siguientes hechos: un interesado no vecino denuncia ante la Corporación Local la ocupación o apropiación de un camino de propiedad municipal que le daba paso a su finca. La Corporación queda enterada, pero no adopta medida alguna. El particular interpone recurso de reposición contra dicho acuerdo municipal, que es desestimado. Posteriormente el particular requiere (acción previa) a la Corporación para que ejercite la acción reivindicatoria y de deslinde, sin obtener respuesta. Al no hacerlo, el particular la interpone en nombre de la Entidad Local. El Juzgado de primera instancia le da la razón y ordena desalojar el camino a los usurpadores, ponerlo a disposición del Ayuntamiento y cancelar la inscripción registral que contradiga la propiedad municipal del camino referido. El particular reclama los honorarios de Letrado y Procurador (poco más de cien mil pesetas) al Ayuntamiento. Éste, en vía administrativa, desestima la reclamación, alegando dos causas, a saber: primera, por falta de jurisdicción, dado que a su juicio se trataba de un acto de naturaleza no administrativa el de los honorarios y, por tanto, no reconducible a la vía contencioso-administrativa, lo cual es desestimado por la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior referido, por entender que sí, se trata de unos gastos de Letrado y Procurador, pero dichos gastos se han generado “en defensa de los bienes de dominio y uso público del Ayuntamiento, en base a lo dispuesto en el artículo 68 LRBRL... por tanto se trata de un acto administrativo cuyo control de legalidad corresponde a este orden jurisdiccional...”. La segunda causa que había alegado el Ayuntamiento para desestimar la reclamación era que el particular reclamante no era vecino del Municipio, como prescribe el artículo 68 LRBRL, pero el tribunal desmonta este argumento declarando:

«En una interpretación literal se llegaría a la conclusión, que tal impugnación por sustitución, la tendría únicamente el vecino de la localidad, entendiendo que se trata de una legitimación subjetiva restringida a quienes pueden y deben usar los bienes de dominio público, pero si nos hallamos ante una situación creada por la inactividad de la Administración que impide a un particular el ejercicio legítimo de un derecho como es el de libre circulación por los caminos públicos, nos hallaríamos que la estricta legitimación concedida por la condición de vecino se vería ampliada por el hecho de tener una legitimación propia representada por el interés general de la corporación representado por la libre circulación por los caminos municipales, y el particular constituido por el libre acceso a sus fincas por el camino específicamente construido para tal fin; legitimación personal consagrada por la dejación de potestades efectuada por la Administración, que, en técnica procesal, se resuelve bajo la figura de la sustitución procesal».

Por último, en la STS de 31 de diciembre de 1994, Sala de lo Civil, Ponente D. Francisco Morales Morales, un vecino, al amparo del artículo 68.2 LRBRL, reclama a una Corporación Local que ejercite una acción reivindicatoria contra varios terceros que habían usurpado una finca municipal. El Pleno del Ayuntamiento acuerda no ejercitar dicha acción y entonces el tercero acude a la vía civil y la interpone en nombre e interés de la Entidad Local. En el trámite de prueba se comprueba que la finca en cuestión figura a nombre del Ayuntamiento en el Catastro y no aparece (con los linderos y número de parcela que tenía) en la escritura notarial de esos terceros, a pesar de que éstos decían lo contrario y alegaban, subsidiariamente, la prescripción adquisitiva por el transcurso del plazo de treinta años. Por todo ello, el Supremo estima la acción reivindicatoria interpuesta por el vecino.

Como se ha analizado hasta ahora, aunque la jurisprudencia no da cuenta de algún ciudadano de la Administración Local que haya utilizado esta acción para resarcir las arcas municipales, lo cierto es que nada obsta para que se realice y se consiga reintegrar lo abonado por el Consistorio en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

5.- En el caso de que alguno de los hechos indicados en el caso pudiese ser constitutivo de delito, ¿qué tipos del Código Penal considerarías aplicables y qué consecuencias tendría esta circunstancia sobre el proceso contencioso-administrativo?:

Siguiendo la sacrosanta costumbre ibérica de reformar el Código Penal para elevar a delito aquellos actos que ostente notoriedad público-periodística, el legislador del 2010, a través de la LO 5/2010, de 23 de noviembre del Código Penal, llevó a cabo lo que sin duda merece el calificativo de revisión integral de nuestra ley penal sustantiva, pues afecta nada menos que a 150 artículos., y en esta línea, a tenor de los grandes escándalos de corrupción urbanística reformó los art. 319 y 320 CP para armonizar estos ilícitos a los tiempo.

Bajo la rúbrica “*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*”, decidió el legislador de 1995 elevar a ilícito penal lo que en otrora eran sanciones administrativas. Por su parte, el legislador de 2010 endureció la tipificación y se dispuso a afinar la conducta típica que antaño era demasiado genérica y de difícil carga probatoria. Sin embargo, todas estas medidas legislativas (y valga de primera crítica) no han conseguido atajar los gravísimos casos de corrupción urbanística de los últimos años, dentro de un proceso de construcción desenfrenada o “burbuja inmobiliaria”, cuyo colapso ha intensificado en España los efectos de la crisis financiera internacional.

Por su parte, el título se compone de dos capítulos, del cual nos interesa el primero, el relativo a “los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”. Capítulo que engloba dos artículos, el primero, el art. 319 desarrolla el tipo conocido como “delito de construcción, edificación o urbanización ilegal”, y contempla fundamentalmente las conductas delictivas de profesionales y particulares que construyen, edifican o urbanizan en suelos no aptos para ello según el planeamiento; así como el art. 320 que contempla las prevaricaciones urbanísticas en los siguientes términos: “1.- *La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos del planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a*

cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses. 2.- Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.” Por ser este último el delito que encuadra las conductas típicas objeto de nuestro estudio avanzaremos en su contenido.

El delito de prevaricación urbanística:

El delito de prevaricación urbanística¹¹ del art. 320 es un subtipo agravado del general de prevaricación¹², en atención al bien jurídico protegido, que no sólo es la ordenación del territorio y el urbanismo sino también la administración pública, dado que los sujetos en este caso ocupan una posición de garante, y por ello merecen un especial reproche penal.

a) Autoría: el sujeto del delito de prevaricación urbanística sólo puede ser la “autoridad o funcionario público”, en el sentido penal de dichos términos¹³. Además, debe cometerse el acto “a sabiendas de su injusticia”, es decir, sólo cabe su comisión dolosa y no culposa, lo cual quiere decir que debe acreditarse que la autoridad o funcionario público que presuntamente comete el delito conoce la ilegalidad de su informe o resolución.

b) Conducta típica: se divide en dos conductas diferentes: la de “informar favorablemente” del art. 320.1, y la “resolver” (por sí mismo) o “votar a favor” (como miembro de un órgano colegiado), del art. 320.2. Sin embargo, los elementos objetivos del tipo se amplían considerablemente, dado que el objetivo de dichos informes y resoluciones no sólo se refiere como hasta ahora a “proyectos de edificaciones o concesiones de licencias”, sino que incluye también “instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación y construcción”. Además, los informes y resoluciones presuntamente delictivos deben ser contrarios a las “normas de ordenación territorial o urbanística vigente. Por último, hay que reseñar que el art. 320.1 incluye una aportación de vital importancia la conducta del que “con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio”. En el código anterior, el delito de

¹¹ Cfr. Circular 7/2011 de la Fiscalía General del Estado, cit.

¹² Según GÓRRIZ GOYO, E. (2004). Los delitos de prevaricación urbanística. Tirant lo Blanch: Valencia; pág. 352, lo cierto es que en propiedad únicamente se podría calificar de prevaricación la conducta del apartado 2, pues en ella sí es posible constatar el perjuicio al correcto desarrollo de la función pública y, además, un peligro hipotético al bien jurídico “ordenación del territorio”.

¹³ Esto es, en los términos del art. 24 C.P. “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”

prevaricación urbanística requería una actitud activa, mientras que la nueva redacción castiga a la autoridad o funcionario que no emita un informe ante una infracción de carácter obligatorio. La tipificación de este tipo de conductas omisivas venía siendo demandada por la doctrina como muy necesaria, atendiendo a la especial posición de garante de la legalidad que ostenta la Administración en este ámbito.

El principal problema, como en casi todas las prevaricaciones, es elemento subjetivo que exige el tipo, ese “a sabiendas de su injusticia”, porque si bien es cierto que la administración debería de gozar de un parámetro de diligencia mayor que el exigido al ciudadano puesto que sus funcionarios se eligen de acuerdo a “criterios de mérito y capacidad” 103. 3 CE que presupone conocimientos jurídicos, lo cierto es que en cuanto al relato probatorio suele ser harto complicado demostrar que la conducta elusiva traía causa de una injusticia conocida. Vayamos al caso concreto:

Es jurisprudencia reiterada de la Sala del Tribunal Supremo, del que las Sentencias 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, son solo una muestra que para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

a) en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo

b) en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;

c) en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable;

d) en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto

e) y, en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

En palabras de la STS núm. 497/2012 de 4 de junio de 2.012:

“Aunque ya se han hecho anteriores referencias a ello, conviene, por último, insistir en que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen como función alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). El procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de orden de la administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. El procedimiento tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y otra de mayor trascendencia dirigida a

establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (arts. 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992).

Sin embargo, no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. Así, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. El art. 63.2 de la Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las ya citadas SSTs núm. 2340/2001, de 10 de diciembre, o núm. 76/2002, de 25 de enero, no se refieren a la omisión de cualquier trámite, sino de los esenciales del procedimiento.”

Por su parte, la STS 787/2013, de 23 de octubre define el concepto de resolución administrativa en los siguientes términos:

“la resolución administrativa no está sujeto a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite (vgr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva.”

Respecto de la arbitrariedad, en la STS 743/2013, de 11 de octubre establece que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada, desde el punto de vista objetivo, no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. Cuando se trata de infracciones del procedimiento, decíamos en la STS 743/2013, de 11 de octubre, que la jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se incumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales.

En este sentido, como recordábamos en la STS 18/2014, de 13 de enero, conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos,

porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones.

En esta misma línea, respecto a la importancia del procedimiento administrativo, añadía la STS 743/2013, de 11 de octubre, que el mismo, por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución.

Por último, la citada STS 815/2014, de 24 de noviembre, remitiéndose a otras anteriores, como la STS 331/2003, de 5 de marzo, precisa que no es suficiente en el delito de prevaricación la contradicción con el Derecho, sino que para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. E incluso esta Sala Casacional se ha referido a veces con los términos de que se necesita una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (STS de 16-5-1992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo). Esto es precisamente lo que ocurre en este caso, en que es patente la desviación del Decreto.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, ese a sabiendas, estipula la STS815/2014, de 24 de noviembre, dice, citando la STS 766/1999, de 18 mayo, que el elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa viene legalmente expresado con la locución “a sabiendas”. Se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa así porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Bien entendido que, como

se indica en la Sentencia de 29 de octubre de 1998 , a la que también se remite, la intención dolosa o el conocimiento de la ilegalidad no cabe deducirla de consideraciones más o menos fundadas, sino que necesariamente debe estar apoyada por una prueba evidente que no deje duda alguna sobre este dato anímico. Es, pues, precisa la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

En definitiva, como señala la STS 733/2014, de 28 de octubre, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS 766/1999, de 18 mayo y 2340/2001, de 10 de diciembre).

Principio de *non bis in idem*, repercusión en el procedimiento administrativo:

En el derecho sancionador urbanístico, como en todo Derecho sancionador administrativo, rige, tras la CE, la regla de *non bis in idem* respecto de las sanciones de orden penal. La imposición de la sanción administrativa procedente por la comisión de una infracción urbanística, si ésta puede ser –además- constitutiva de delito o falta, sólo es posible, pues, en caso de que no tenga lugar la exigencia de responsabilidad penal.

La regla sobrevenida inconstitucional que establecía, en su inciso final, el art. 225 TRLS76 y que había sido matizada, en la dirección correcta, por el art. 56 RDU, al prescribir que si, con ocasión de la tramitación de un procedimiento sancionador urbanístico, se apreciara que el hecho constitutivo del ilícito administrativo pudiera constituir también delito o, en su caso, una (desaparecida) falta penal, el órgano que conociera del procedimiento habría de ponerlo en conocimiento de la jurisdicción competente, fue superada, como ya nos consta, por el art. 245 TRLS92, incluido hoy en la TRLS08 como art 42, que –como se ha dicho ya- forma parte del Derecho general estatal de aplicación plena y directa. Conforme a este último precepto, cuando con ocasión de la instrucción de un procedimiento sancionador aparezcan indicios del carácter de delito o falta del propio hecho que haya motivado aquella instrucción, el órgano competente para imponer la sanción administrativa debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de la exigencia de la responsabilidad penal que proceda, con abstención de toda ulterior actuación en el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado; precisando, además, que la imposición de la sanción penal excluye la de la sanción administrativa, sin perjuicio de la adopción de las medidas de reposición a la sanción anterior a la comisión de la infracción. Esta regulación legal, referida más bien – según nos consta- a la subordinación al Juez penal de la Administración urbanística, implica de suyo, no obstante, el juego del capital principio del “*non bis in idem*”.

Para concluir, en primer, si en el procedimiento abierto al efecto llegase a apreciarse indicios de responsabilidad penal, habría de darse cuenta al Ministerio Fiscal y este a su

vez remitir las actuaciones al juzgado competente en el supuesto de hallar indicios del ilícito: es lo que normalmente se conoce como la prejudicialidad penal.

Asimismo, toda vez que de lo aquí se trata aquí es de investigar la posible concurrencia o no de una prevaricación urbanística podemos establecer que a la luz de los hechos aportados es imposible llegar a alguna conclusión razonada en derecho. Aunque a alumna a la que suscribe este informe la prevaricación urbanística le parece más que evidente (un delito en grado de coautoría al alcalde y a todos cada de los concejales que votaron a favor de la modificación del POXOM para intentar legalizar la licencia por la puerta de atrás), lo cierto es que sin un hecho determinante que demuestre el elemento subjetivo en el momento de la aprobación del plan (tal como un informe del arquitecto del ayuntamiento en contra del otorgamiento de la licencia, o la existencia de algún beneficio personal para el alcalde o los ediles que aprobaron la licencia) no puede asegurarse la existencia dolo, y sin él, como muestra la jurisprudencia analizada en este epígrafe, los tribunales tienden a considerar que el delito no existe.

La posterior modificación del PXOM siendo cierto que muestra la indubitable apetencia de la corporación local de legalizar el edificio afecto al régimen de fuera de ordenación a como fuese, lo cierto es que bien traído por una defensa avizada, solo prueba que se deseaba modificar el régimen de fuera de ordenación al que se veía afectado el edificio, nunca la injusticia del mismo, es decir, un modo negligente (flagrante!!!) pero negligente, y como hemos estudiado el tipo solo contempla una conducta dolosa.

6.- Si se llegase a demoler el edificio, ¿existiría una vulneración del derecho moral de autor del arquitecto? ¿Tendría éste derecho a una indemnización teniendo en cuenta que fue parte del cuadro de personal de MADESA?:

Aunque los derechos de propiedad intelectual sobre una obra arquitectónica le pertenecen originariamente a su autor, es frecuente que éste ceda los derechos patrimoniales (todos o alguno) a terceros para que puedan explotar la obra. No ocurre lo propio con los derechos morales, dado que son intransmisibles. La cesión de los derechos de explotación podrá ser exclusiva o no exclusiva, aunque para que se considere exclusiva deberá constar expresamente tal carácter (art. 48 TRLPI).

La cesión en exclusiva *“atribuye al cesionario, dentro del ámbito de aquélla, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, las de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo, le confiere legitimación con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido”* (art. 48.I TRLPI). Como contrapartida, además de tener que pagar la remuneración estipulada por la cesión de los derechos (art. 46 TRLPI), el cesionario se obliga a *“poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad*

profesional, industrial o comercial de que se trate” (art. 48.II TRLPI). Por consiguiente, si el arquitecto cediera en exclusiva a un promotor el derecho a construir la obra arquitectónica por él diseñada, éste estaría obligado a promover la ejecución de esa obra, pudiendo el arquitecto resolver el contrato si dentro del plazo estipulado, o en aquel que los tribunales consideraran razonable (art. 1128 del Código Civil), el promotor no iniciara o terminara la construcción. De esta forma, recuperaría la plena disponibilidad del proyecto, con posibilidad de explotación por sí mismo y de cesión a terceros. Además, podría exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos a resultas de este incumplimiento del promotor.

La cesión no exclusiva, por el contrario, es una mera autorización o licencia, por la que el cesionario *“queda facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con otros cesionarios como con el propio cedente”*, sin derecho a ceder a terceros. El cesionario no exclusivo, por lo tanto, no puede impedir que el arquitecto ceda los derechos sobre esa misma obra a otros, ni está facultado para transmitir su propia licencia.

Tanto si la cesión es exclusiva como si no lo es, tendrá el alcance objetivo, temporal y territorial acordado por las partes (art. 43.1 TRLPI). Para el caso de que no se precise alguno de estos extremos, la ley establece reglas supletorias en el art. 43.2 TRLPI. Así, si no se indica cuáles son las modalidades de explotación cedidas, la cesión quedará limitada a las que se deduzcan necesariamente del propio contrato y sean indispensables para cumplir la finalidad del mismo, regla ésta que, como veremos, sirve para interpretar las cesiones de derechos que de forma explícita o implícita se encuentran en los contratos de obra celebrados entre promotores y arquitectos. Si no se indica la duración de la cesión, se entenderá que es por cinco años (regla de dudosa aplicación en el caso de cesión del derecho a ejecutar la obra). Por último, si no se especifica el ámbito espacial de la cesión, se entenderá hecha para el país donde se haya realizado la cesión.

El contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual sobre la obra arquitectónica debe referirse a obras concretas, existentes o futuras. Sería nula, conforme al art. 43.3 TRLPI, la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que el autor pueda crear en el futuro, lo que se justifica porque en nuestro ordenamiento no se admiten las vinculaciones contractuales perpetuas.

También sería nula la estipulación por la que el autor se comprometiera a no crear alguna obra en el futuro (art. 43.4 TRLPI). Sería válida, por el contrario, la cláusula por la que el arquitecto asumiera la obligación de no competir con un promotor o con otro arquitecto en un lugar y por un período de tiempo determinados.

Por su parte, la enajenación de una construcción (un edificio, una vivienda...) no conlleva la cesión de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra arquitectónica. El adquirente adquiere únicamente la propiedad ordinaria sobre la construcción, pero no los derechos de explotación sobre la obra (art. 56.1 TRLPI). El único derecho que tendrá será el de exponer públicamente la obra, siempre que no se haya pactado lo

contrario (art. 56.2), lo que le permitirá mostrar la construcción al público (por ejemplo, organizar una jornada de puertas abiertas).

Por lo demás, la mayor dificultad que existe en cuanto a la transmisión de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas reside en que la mayoría de las obras arquitectónicas se crean al amparo de contratos de encargo de obra y, frecuentemente, en estos contratos no se incluyen cláusulas relativas a la titularidad de los derechos de autor sobre la obra encargada, y cuando se incluyen, no son suficientemente precisas. Es más, el primer problema es que en muchos casos no es fácil determinar si la obra encargada es una obra individual creada por encargo o una obra colectiva. Se trata de una cuestión de hecho, como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2000, de extrema importancia, pues el coordinador de una obra colectiva, como sabemos, se considera autor de la misma, y titular, por tanto, de todos los derechos de propiedad intelectual (incluso morales); mientras que el comitente de una obra de encargo es un mero cesionario de derechos patrimoniales sobre la misma, con más o menos facultades, según el alcance objetivo de la cesión.

El primer criterio para dilucidar si la obra de encargo constituye o no una obra colectiva es el del número de personas que han contribuido creativamente a su realización. Una obra colectiva requiere pluralidad de creadores, por lo que si la obra arquitectónica hecha por iniciativa de un estudio de arquitectura o un promotor ha sido realizada por un único arquitecto, en ningún caso podrá ser una obra colectiva. El segundo criterio es el del grado de subordinación de los autores con respecto a quien tuvo la iniciativa de crear la obra. Si el comitente se limita a encargar la obra, pero ésta es creada con un importante nivel de independencia por los arquitectos, estaremos ante una obra hecha por encargo, y no una obra colectiva. Ahora bien, la subordinación de los arquitectos con respecto al comitente de la obra puede ser consecuencia (o indicio), en su caso, de la existencia de una relación laboral entre ellos, y no de que la obra sea colectiva. El tercer criterio es el de la coordinación. No basta con que varios arquitectos jerárquicamente subordinados al comitente realicen una obra para éste. Es necesario que el comitente coordine las aportaciones de todos ellos. Por último, y como requisito formal, para que la obra arquitectónica se considere una obra colectiva, es preciso que se explote bajo el nombre del comitente.

A continuación se analizan separadamente, desde el punto de vista de la transmisión de los derechos de propiedad intelectual, las dos vías más habituales a través de las cuales se encomienda a los arquitectos la realización de obras arquitectónicas: los contratos laborales y los contratos de obra.

Contrato laboral:

Los arquitectos pueden crear obras arquitectónicas en cumplimiento de un contrato laboral. Los contratos de trabajo, ya sean indefinidos, ya sean temporales para la realización de obras determinadas, pueden contener cláusulas relativas a la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras realizadas. Por ejemplo, puede

pactarse que todas las obras en cuya creación participe el arquitecto junto con otros trabajadores de la empresa se calificarán como obras colectivas (cláusula de fijación). O puede pactarse, y sería recomendable que así se hiciera, una cesión de los derechos de explotación al empleador, con mayor o menor alcance.

El art. 51 TRLPI hace referencia justamente a esta transmisión de derechos al empleador por el autor asalariado. De acuerdo con su primer apartado, la transmisión de los derechos de explotación se regirá por lo pactado en el contrato laboral, que deberá realizarse por escrito. Por lo tanto, si el contrato contiene una cláusula expresa de cesión de derechos, habrá que estar a lo dispuesto en ella.

En defecto estipulación alguna sobre la titularidad de los derechos sobre las obras creadas por el autor asalariado, el art. 51.2 TRLPI establece que *“se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral”*. El art. 51.3 precisa el alcance de la cesión, cuando establece que *“en ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores”*. De estos dos apartados se colige que, en defecto de pacto, se presumen cedidos en exclusiva al empleador los derechos estrictamente necesarios para el desarrollo de la que fuera su actividad habitual en el momento en que el autor le entregara la obra realizada en cumplimiento de su contrato de trabajo. Así, por ejemplo, si la empresa contratante es un estudio de arquitectura para el que el arquitecto asalariado realiza proyectos arquitectónicos, podrá aquella utilizar la obra para cualquier actividad que viniera desarrollando en el momento de su entrega (por ejemplo, autorizar a un promotor la ejecución de la obra proyectada, incluir planos extraídos de la obra en folletos publicitarios o en la web promocional de la empresa, derivar nuevos proyectos de ella, etc., siempre que se tratara, insistimos, de actividades que ya viniera realizando la empresa en el momento de la entrega de la obra por parte de su autor). Si el empresario es un promotor, los derechos presuntamente cedidos tendrán probablemente un alcance menor. Serán, como regla general, los necesarios para ejecutar la obra proyectada y, en su caso, promocionar su venta o alquiler total o parcial. Para otras modalidades de explotación, será preciso el consentimiento del autor.

Contrato de obra:

A diferencia del contrato laboral, el contrato de obra, regulado en los arts. 1588 y siguientes del Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación, en lo que respecta a la transmisión de los derechos de propiedad intelectual no recibe atención específica en el TRLPI. Por consiguiente, se rige por las reglas generales de los arts. 42 y siguientes del TRLPI.

Si el contrato contiene alguna cláusula de cesión de los derechos de propiedad intelectual al comitente, habrá que estar a lo dispuesto por dicha cláusula.

La cláusula contiene una reserva por parte del autor de la mayoría de los derechos de propiedad intelectual que originariamente le corresponden sobre la obra, incluido expresamente el derecho a autorizar la introducción de los cambios que pudieran exigirse en la ejecución de la obra, si es otro el arquitecto director de la misma. De hecho, la única cesión de derechos de propiedad intelectual que contiene es la autorización (cesión no exclusiva, por tanto) que otorga al comitente para ejecutar la obra proyectada una sola vez y en la ubicación acordada. Cualquier otra utilización del proyecto constituiría, en consecuencia, una infracción de los derechos de propiedad intelectual de su autor, como estableció la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 12 de mayo de 2005:

“El encargo de obra no conlleva la cesión de derechos no comprendidos en el contrato ni requeridos por la propia finalidad del mismo, por lo que no ampara la realización de más construcciones de aquellas para las que el proyecto fue diseñado. Los derechos de propiedad intelectual no se entienden cedidos más que por el tiempo y finalidad del contrato”.

La celebración de un contrato de obra no conlleva presunción alguna sobre cesión de derechos de explotación al comitente, tal y como estableció el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de diciembre de 1988. En consecuencia, en defecto de cláusula sobre cesión de derechos, y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 43.2 TRLPI, la cesión quedará limitada a “aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo”. Lo que conlleva que se considerará implícito el consentimiento del autor únicamente para las utilidades de la obra que, dadas las circunstancias, sean necesarias para alcanzar la finalidad objetivamente perseguida por las partes con la celebración del contrato. No se olvide, por otra parte, que con la celebración de un contrato las partes no se obligan sólo a lo expresamente pactado, sino también a cuanto derive de la ley, los usos y la buena fe (art. 1258 del Código Civil). En principio, la cesión de estos derechos no será exclusiva (art. 48.I TRLPI), a menos que tal carácter derive sin lugar a dudas de la finalidad del contrato.

Es habitual, sobre todo en el marco de las obras contratadas por las Administraciones Públicas, que el encargo de obra se realice en el marco de un concurso. En puridad, el concurso es un proceso de formación del contrato (ya sea un contrato de obra, que será lo normal, ya un contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual sobre un proyecto, para que, en su caso, la entidad convocante pueda ejecutar la obra basada en ese proyecto con otro arquitecto) iniciado por una de las partes del mismo, y que no tiene otra finalidad que precisar el objeto de este contrato (la concreta obra a realizar o el proyecto en relación con el cual se cederán los derechos de autor) y seleccionar a la otra parte (el arquitecto que desarrollará la obra o cederá los derechos).

Todo concurso parte de unas bases, establecidas en la convocatoria, referidas al contenido esencial del contrato propuesto, las características generales que deberán reunir los proyectos que se presenten y los criterios de selección de uno de ellos por parte de la entidad convocante. Estas bases, que normalmente constituyen condiciones

generales de la contratación, son tácitamente aceptadas por los concursantes cuando presentan sus proyectos al concurso. Una vez aceptadas, son vinculantes para ambas partes (se trata de un contrato normativo). De entre todos los proyectos presentados, la entidad convocante elegirá el mejor, de acuerdo con los criterios de selección señalados en las bases del concurso, y con su autor perfeccionará el contrato en cuestión.

Las bases de estos concursos suelen abordar de alguna manera la cesión de derechos de propiedad intelectual al convocante. Dependiendo del tipo de concurso, las bases relativas a la cesión de derechos tendrán uno u otro contenido. Así, es posible que se prevea la cesión no exclusiva del derecho de exposición pública de los planos o proyectos presentados durante un período de tiempo, anterior o posterior a la decisión del jurado. O que se establezca cuáles son los derechos de explotación que se cederán a la entidad en el caso de que el proyecto resulte seleccionado, y qué remuneración recibirá a cambio el autor. En estos casos, se entenderá que los autores que presentan sus proyectos al concurso aceptan sus bases y, por tanto, aceptan la cesión de sus derechos de propiedad intelectual en los términos establecidos por éstas, siempre que antes de presentar sus candidaturas hubieran tenido la oportunidad real de conocer y entender dichas bases (de acuerdo con el art. 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación). Se ha dicho que aquellas bases del concurso que resulten desproporcionadas en perjuicio de los concursantes deben reputarse abusivas y, por ende, nulas. Entre estas bases se incluiría, por ejemplo, la cesión de derechos de propiedad intelectual por parte de los concursantes que no fueran agraciados sin recibir nada a cambio. Sin embargo, no puede pasarse por alto que el control de contenido de las condiciones generales de la contratación, que permite anular aquellas que sean abusivas, está previsto por nuestra legislación únicamente para proteger a los consumidores y usuarios. Y es evidente que los arquitectos que se presentan a un concurso para la adjudicación de una obra, o para la cesión de derechos de propiedad intelectual, no actúan como consumidores o usuarios, sino como empresarios o profesionales.

Si las bases no hicieran referencia a la cesión de derechos de propiedad intelectual, sólo se entenderían cedidos aquellos derechos estrictamente necesarios para el cumplimiento de la finalidad del contrato proyectado, tal y como hemos visto con anterioridad.

La mera presentación de un proyecto a un concurso no entraña, en principio, su divulgación, a menos que en las bases se indique que se distribuirán o comunicarán públicamente los proyectos presentados³². Esto es así porque sólo hay divulgación, de acuerdo con el art. 4 TRLPI, cuando con el consentimiento del autor la obra se hace por primera vez accesible al público en cualquier forma. Y el jurado de un concurso de este tipo, como regla general, no es el público, sino un número reducido de personas. Como la obra no está divulgada, no está sometida a los límites a los derechos de autor establecidos por los arts. 31 y siguientes del TRLPI, de modo que no podrá ser objeto de cita o copia privada sin el consentimiento de su autor.

Derechos morales sobre las obras arquitectónicas:

Por último, el art. 14 TRLPI reconoce a los autores de cualquier obra una serie de facultades morales que son irrenunciables e intransmisibles. Los autores de obras arquitectónicas ostentan, en consecuencia, los derechos contenidos en el citado precepto que son los de divulgación, paternidad, integridad, modificación, arrepentimiento y acceso al ejemplar único o raro de la obra. Sin perjuicio de que todos ellos pueden en un momento dado ser ejercitados por los arquitectos, los que más problemas plantean en la práctica son los de divulgación, paternidad, integridad y modificación.

Para lo que aquí interesa, el derecho de integridad faculta al autor para “*exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación*” (art. 14.4º TRLPI). Como puede apreciarse, no toda alteración de la obra infringe el derecho de integridad del autor. Sólo lo hacen aquellas modificaciones que perjudican sus legítimos intereses o menoscaban su reputación. Cabe entender que los intereses del autor de que no se altere su obra son legítimos cuando no hay un interés preponderante que justifique la modificación o destrucción de la obra. En el ámbito de las obras arquitectónicas, es más frecuente que en otros casos que la modificación o destrucción de la obra esté justificada por los intereses de terceros, ya sea del promotor que ha encargado el proyecto (para adecuarlo a la normativa urbanística, por ejemplo, o para corregir disfuncionalidades) o del propietario ordinario de la construcción ya realizada (ampliaciones, restauraciones...). De hecho, el carácter funcional de este tipo de obras aconseja la limitación del derecho de integridad tanto durante la ejecución de la obra como una vez que está terminada. En cualquier caso, para determinar si la alteración o la destrucción de una obra arquitectónica atentan contra el derecho de integridad del autor, habrá que estar a las circunstancias concurrentes.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 13 de octubre de 2004 apunta algunos criterios a tener en cuenta a la hora de determinar si la alteración o destrucción de una obra arquitectónica ya construida lesionaba el derecho moral de su autor:

“Hay que reconocer que la concurrencia de ambos derechos [propiedad ordinaria sobre la edificación y derecho moral de autor sobre la obra arquitectónica], en cuanto que la integridad de la obra constituye un límite al dominio del propietario material del soporte, puede originar una colisión de intereses, el del autor que puede pretender legítimamente que se respete su creación y el del titular del medio en que se ha plasmado la obra a quien puede interesar su modificación, cuestión muy discutida por la doctrina ante la insuficiente regulación legal existente, sobre todo cuando se trata de obras plásticas en las que se da una unión indisoluble entre la obra y su medio de expresión, aunque se viene considerando que el derecho de propiedad en tal caso estará limitado por el respeto al derecho moral del autor, al decantarse el TRLPI por otorgar protección a los intereses de éste frente a los del propietario material del soporte, no faltando quienes enfrentados a dicho conflicto defienden la necesidad de barajar distintos criterios para su resolución atendiendo, entre otros, a las características del objeto que sirve de soporte a la obra, tales como el lugar de ubicación, naturaleza, carácter único del ejemplar, conocimiento público

de la modificación de la obra, condición de las personas (públicas o privadas) que ostentan la condición de propietario, dolo o culpa en la actuación del titular, o concurrencia de causas exoneratorias de la responsabilidad que pudieran legitimar su proceder, entendiéndose por tales aquellos motivos legítimos que patenten una necesidad objetiva de modificar el soporte, defendiéndose en algún caso la posibilidad de alteración o modificación siempre que se respete el espíritu y estilo de la obra”.

No sólo las alteraciones directas de la obra arquitectónica pueden atentar contra el derecho a la integridad de su autor. También los atentados indirectos, por la modificación del contexto de la obra, pueden resultar lesivas para los intereses legítimos del autor. De este modo, y con independencia de lo dispuesto en las normas colegiales, un autor podría llegar a oponerse a que junto a su obra acabada se construyera otra que la desmereciera.

Los derechos morales referidos duran toda la vida del autor y algunos de ellos incluso más (arts. 15 y 16 TRLPI). En concreto, el derecho de divulgación dura todavía setenta años tras la muerte del autor, mientras que el derecho a exigir el reconocimiento de la autoría y el derecho de integridad son perpetuos. Fallecido el autor, el ejercicio de estos derechos que perviven a su muerte corresponderá, por este orden, a la persona designada por aquél en su testamento, en su defecto, a sus herederos, y subsidiariamente a las entidades públicas indicadas en el art. 16 TRLPI.

El puente Zubi Zuri:

La casuística española en cuanto al derecho a la integridad de la obra del arquitecto no es muy prolífica, lo cierto es que es bastante escasa. Sin embargo, si hubiésemos de señalar un caso ejemplar del que tirar grandes conceptos con los que poder analizar los hechos de este caso, habría de ser la sentencia número 543/2007 dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, recurrida posteriormente ante la Audiencia Provincial (sentencia 187/2009), en donde se enfrentaron por un lado, el arquitecto Calatrava y, por otro, el Ayuntamiento de Bilbao, por cuanto que el primero requería al segundo que mantuviese la integridad de un puente ubicado en la ría de la misma ciudad ante la colocación de una balaustrada por parte del segundo, todo en aras del derecho moral a la integridad de la obra.

Aunque ambas sentencias fallaron en sentidos distintos lo cierto es que discutieron sobre cuatro puntos esenciales que traemos aquí para discutir:

a) ¿Pueden considerarse las construcciones protegidas por la propiedad intelectual? Las dos sentencias fallaron a favor del argumento, dado que la enumeración contenida en el art.10.1.f) del TRLPI no es en términos de *numerus clausus*, si no a modo ejemplificativo de lo que anteriormente reseña en el art. 10.1 como “*todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte.*” En esta línea, la construcción de edificio que nos ocupa sí se encuadra en el derecho moral de autor.

b) ¿Constituye la demanda un caso de abuso o ejercicio antisocial del derecho moral? Aunque en la sentencia no agota hasta el final todos los argumentos que inicia, lo cierto es que primera vista parece de todo ilógico concluir que se circunscriba dentro del abuso de derecho la defensa judicial de un derecho sustantivo reconocido como tal en la ley.

c) ¿Se ha producido un atentado contra la integridad de la obra? Siendo cierto que en la sentencias del caso Zubi Zuri, esta cuestión tenía más miga porque de lo que se trataba principalmente era de dilucidar si la balaustrada constituía un atentado o no contra la integridad de la obra, en nuestro caso, habida cuenta de que de lo que se trata es de una demolición completa consideramos estéril esta discusión, por cuanto que el derecho a la integridad de la obra está totalmente afectado.

d) Última cuestión: ¿se ha causado un daño a la reputación de autor o a sus intereses legítimos? Es aquí, en donde detendremos al considerar que constituye el punto de partida de nuestra disección personal. En el caso Zubi Zubi se falló en primera instancia que el “interés general” primaba sobre el derecho moral del autor, puesto que el consistorio había añadido la balaustrada en aras del cumplimiento del PXOM municipal. Sin embargo, la Audiencia consideró que siendo cierto la existencia de este interés general, éste si conculcaba el derecho moral de autor puesto que el mencionado PXOM podría haberse hecho cumplir de muchas formas diversas, entre las que se encontraba la colaboración del propio arquitecto.

En nuestro caso, el interés general es mucho más claro y notorio, dado que no se trata de hacer cumplir un PXOM, sino de hacer cumplir una sentencia, elemento integrante, como hemos visto a lo largo de todo este trabajo, de un derecho constitucional como es el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por lo tanto, afirmando la existencia de un derecho moral de autor debemos concluir que este ha de ceder ante la natural consecuencia de un fallo en sentencia. Los derechos no son absolutos, y en este caso, un derecho reconocido legalmente (el derecho a la integridad de la obra se encuentra regulado en TRLPI) parece obvio que deba ceder ante un derecho constitucionalmente reconocido.

Ahora bien, entrando en el caso, y en opinión de la que suscribe este trabajo, el arquitecto ostenta una vía civil ante la constructora MADESA. Si bien es cierto que la relación que une a ambos es la laboral y que el arquitecto ha cedido el derecho de explotación a MADESA, lo cierto es que el derecho moral no se ve mermado por esa cesión. Y si bien es cierto que la constructora recibe el encargo por parte del Ayuntamiento de realizar una obra en un edificio que luego, por mandato judicial, es demolida, lo cierto es que entre las obligaciones de MADESA se encuentran adaptar la obra a la legalidad. La existencia de una licencia de obra puede exonerar a MADESA de la responsabilidad de la demolición, pero si el arquitecto prueba que la constructora MADESA actuó a sabiendas de la ilicitud de la obra asumió como propio el riesgo de la demolición (puesto que esta es la consecución natural de las resoluciones judiciales), por lo tanto, habrá de ser a esta a la que le corresponda responder por el daño moral sufrido por el arquitecto en la demolición de su obra.

Conclusiones:

Como hemos podido disertar a lo largo de este trabajo, ejecutar una sentencia urbanística en materia de expediente de reposición a la legalidad es complejo e inundado de múltiples aristas, y nada tendría de dañoso si solamente fuese un ejercicio académico teórico. Lo realmente preocupante es que toda la disyuntiva que analizamos a lo largo de este trabajo es el pan nuestro de cada día en muchos ayuntamientos, en donde, la potestad de planeamiento se convierte en un auténtico cambalache en donde lo que menos importa es el interés general de los ciudadanos, y, lo que más, los posibles aprovechamientos económicos del suelo; agravado todo, con una justicia excesivamente lenta que llega tarde a resarcir a quien ve ilegítimamente dañados sus derechos. Un caldo de cultivo del que nacen la ingente cantidad de causas penales abiertas por delitos urbanísticos que no hacen más que dilapidar el buen nombre de la justicia española y de las instituciones democráticas de este país.¹⁴

En el fondo, hablar de urbanismo en España en el siglo XXI es hacerlo sobre la manera de legislar sobre un bien tan escaso como es el suelo, evitando, al mismo tiempo, la corrupción sistémica que parece inundar la península ibérica. Y aunque se podrían encontrar muchas y numerosas causas para este mal, lo cierto es que los estudios serios sobre la materia (entre los que se incluyen el anteriormente citado Informe Auken) coinciden en señalar como principal problema el hecho de haber dejado tamaña potestad (el urbanismo) en manos de las Administraciones públicas más débiles, los ayuntamientos. Éstos ostentan una competencia amplísima y sometida a un control muy reducido para aprobar su planeamiento y reclasificar terreno. De esta manera, es la administración más cercana a los ciudadanos, y por tanto a los especuladores, la que tienen las riendas del proceso urbanizador con un control muy debilitado por parte de la comunidad autónoma, lo que incrementa enormemente los riesgos de corrupción. Si a ello unimos la insuficiencia de dotaciones financieras que sufren de manera endémica una gran parte de los municipios, y que les incita a recurrir a su participación en las plusvalías generadas por la actividad urbanística para sufragar los déficits, ya tenemos el caldo de cultivo de la sobre explotación del suelo y los desmanes urbanísticos.¹⁵

Aumentando las capacidades de inspección ya no sólo dentro del ayuntamiento si no a un nivel administrativo más elevado ayudaría a dar un poco de racionalidad a un sistema demasiado acostumbrado al corto plazo. En palabras del Fiscal Superior de Galicia, CARLOS VARELA¹⁶, explica “no pocos casos de impunidad urbanística” se deben al

¹⁴ Como muestra de lo resumido aquí el informe realizado por la diputada danesa de los verdes, Margrete Auken, que recibió un apoyo masivo en el Parlamento bajo el nombre de “Informe Auken” y donde se denunciaban los diez efectos de la corrupción urbanística en España, entre los que destacaba: a) la destrucción de las islas, b) las recalificaciones interesadas y c) el enorme costo económico de estas prácticas que, en última instancia, son sufragadas con los impuestos de los contribuyentes.

¹⁵ Cfr. LOZANO CUTANDA, B. (2010). Delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística, en Diario La Ley; pág. 28

¹⁶ Cfr. *La Fiscalía propone reforzar a los secretarios municipales para combatir la corrupción*, en www.farogdevigo.es. 6 de febrero de 2011.

“debilitamiento de las competencias de control urbanístico” de los secretarios, interventores y tesoreros municipales. Para VARELA, estas figuras deben jugar un papel “clave en el control interno de la gestión urbanística a través de sus funciones de fiscalización de la legalidad de las actuaciones municipales”. La solución pasaría por volver a hacer vinculantes los informes emitidos por los secretarios y los interventores, lo que evitaría que el ayuntamiento buscase dictámenes a medida a través de asesoramiento externo. El Fiscal Superior reconoce que el urbanismo se ha convertido en los últimos años en una “fuente de riesgo de comportamiento de corruptos, [...] y más todavía si al mismo tiempo no funcionan adecuadamente los sistemas de control de las administraciones públicas.”

Por último, traer a colación sendas publicaciones del profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁷ y del profesor FERNÁNDEZ FARRERAS¹⁸, que establecen también como causas de la corrupción urbanística: la enorme discrecionalidad de que goza la administración, la interpretación extensiva de la autonomía municipal y, sobre todo, la ineficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la vía penal.

En el caso de la jurisdicción contenciosa, su extrema lentitud la convierte en un mecanismo de control altamente ineficiente, llegando muchos autores¹⁹ a verter afirmaciones tan duras como “en urbanismo, los Jueces contenciosos son poderosos con los débiles y débiles con los poderosos”. Para mayor claridad, sirva de ejemplo la siguiente transcripción del mismo autor, SORIANO GARCÍA:

Lo de “hacer ejecutar lo juzgado” es un eufemismo en urbanismo. La inejecución de sentencias en materia urbanística, si implican condena de deshacer lo mal hecho por la Administración, es lo normal. En urbanismo, la inejecución de las sentencias es un oscurecimiento en el Estado de Derecho. No pasa nada. Ninguna responsabilidad para nadie ni para con nadie. Si alguna vez se ejecutara con auténtica demolición una urbanización ilegal, pasaría a ser inmediato noticia, como ha sucedido en el par de ocasiones en que, más o menos, se ha llevado a cabo.

El propio Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que nuestros Jueces “no están preparados” para abordar estos temas, expresando “su preocupación y desaliento por el hecho de que las autoridades jurídicas y judiciales españolas hayan puesto de manifiesto que no están debidamente preparadas para hacer frente a las repercusiones de la urbanización masiva en las vidas de las personas, como prueban miles de reclamaciones recibidas por el Parlamento y su comisión pertinente en la materia”.

¹⁷ FERNÁNDEZ URÍA, T.R. (1998). De la arbitrariedad del legislador. Civitas: Madrid; pág. 103.

¹⁸ FERNÁNDEZ FARRERAS, G. (2007). Autonomía municipal y urbanismo, La Ley, Málaga

¹⁹ SORIANO GARCÍA, J.E. Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución, 2011, en el Notario del siglo XXI, nº 35.

Normativa aplicable:

-Legislación autonómica:

- Texto consolidado de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

-Ley de 9/2002 de 30 de diciembre de ordenación urbanística y protección Del medio rural de Galicia.

-Ley 15/2004 de 29 de diciembre, de modificación de La Ley 9/2002, de 30 de diciembre de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

-Ley 6/2007 de 11 de mayo de medidas urgentes en materia de ordenación Del territorio y Del litoral de Galicia.

-Ley 6/2008, de 19 de junio de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo, por La que se modifica La Ley 9/2002, de 30 de diciembre de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

-Decreto 28/1999 de 21 de enero, por que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley Del suelo de Galicia.

-Legislación estatal:

-Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo (en adelante TRLS08).

-Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de dudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (art. 23, 24 y 25).

-Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística (en adelante TRLS76).

-Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para desarrollo de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. (en adelante RDU)

-Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción de la Ley Hipotecaria (en adelante LH).

- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante TRLPI).

-Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Procedimiento Administrativo Común.

-Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

-Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

-Código Civil, art. 1.128.

- Código Penal

Bibliografía:

-ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo: Manual de derecho urbanístico: doctrina, legislación y jurisprudencia, Comares/Urbanismo, Granada 2005 4ªEd.

-GONZÁLEZ-VARAS INAÑEZ, Santiago: Urbanismo y ordenación del territorio, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

-VV.AA. Coord, VERA JURADO, Diego José: Prácticas ilícitas en la actividad urbanística: un estudio de la Costa del Sol, Tirant "Criminología y Educación Social", Serie Mayor, Valencia 2004.

-ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: El periurbanismo estatal: la ordenación urbanística del dominio público del Estado, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009

-CORRAL ESCARIZ, Vicente: La lucha contra la corrupción urbanística en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

-GEIS I CARRERAS, Gemma: La ejecución de las sentencias urbanísticas, Atelier, Barcelona, 2009

-PAREJO ALFONSO, Luciano: La disciplina urbanística, Iustel, 2ª Ed. 2012.

-MACERA, Bernard Frank: Licencias urbanísticas y garantía indemnizatoria. Entre actividad expropiatoria y responsabilidad de la Administración, Atelier 2005.

-MERELO ABELA, José Manuel: Urbanismo y justicia. Cautelar y ejecutiva, Ed. La Ley, 2011.

- VALDÉS ALONSO, Alberto: Propiedad intelectual y relación de trabajo. La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través de los contratos de trabajo. Ed. AISAGE, 2001.

-MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual, Ed. Tecnos, 1996.

- ROGEL VIDEL, Carlos: Estudios completos de propiedad intelectual. Ed. AIGE. Madrid 2003

Artículos de revistas:

-BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: Informe sobre los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas, Practica Urbanística, N° 37, pág. 29, 2004. Ed. La Ley

-CALVO SAN JOSÉ, María José: La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística, Práctica Urbanística, N° 30, pág. 10, Noviembre, Ed. La Ley

-VV.AA.: Inexistencia de imposibilidad legal para ejecutar la sentencia que ordena la demolición de varios edificios pese al cambio de ordenación urbanística que provoca la adecuación de dichos inmuebles a la legalidad: comentario a la STS de 1 de marzo de

2005. Redacción del Departamento Administrativo. Práctica Urbanística, N°42, Octubre, pág. 33, Ed. La Ley

-CATALÁ SENDER, J. "La legitimación por sustitución de los vecinos para la recuperación y defensa de los bienes de la entidades locales. La acción vecinal del artículo 68.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local" Ed. Veritatis, 2002