



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Ejecución de sentencias en materia de reposición de la legalidad urbanística

Trabajo de Fin de Grado

Año 2015

Autora: Andrea Aguiar Vidal

Tutor: Dr. D. José Antonio Portero Molina

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
I. Supuesto de hecho	5
I.II. Cuestiones	6
II. Presentación de los hechos.....	7
III. Cuestiones planteadas.....	9
III.I. Valoración de la situación del edificio rehabilitado, en particular teniendo en cuenta:.....	9
A. Su eventual situación de “fuera de ordenación”	9
B. La modificación puntual del planeamiento posterior a la interposición del recurso C-A que permitiría su legalización.....	12
1. La modificación como argumento de defensa de MADESA.....	12
2. La decisión del Ayuntamiento de modificar el planeamiento. La desviación de poder.	14
C. La orden de demolición.....	15
1. Naturaleza jurídica	15
2. Repercusiones prácticas. El principio de proporcionalidad	16
III.II. Sobre la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas:.....	18
A. ¿Qué medios tienen a su disposición los jueces y tribunales de lo C-A para lograr la ejecución de las sentencias? ¿Cuáles se deberían usar en este caso?	18
1. El deber de ejecutar las sentencias.	18
2. Los medios de los tribunales para hacer cumplir las sentencias	19
3. Medios que se deberían emplear en este caso	21
B. La imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia C-A.	22
1. Las causas de imposibilidad y el incidente de inejecución	22
2. En el caso de que se declarase tal imposibilidad, ¿tendría Doña X.M.F. derecho a ser indemnizada?.....	24
III.III. Sobre la posición jurídica de los propietarios de viviendas en el edificio afectado:.....	26
A. ¿Qué pretensiones podrían ejercitar, y por qué vías, en el caso de que la sentencia fuese finalmente ejecutada?.....	26
B. ¿Establecerías alguna diferencia entre los propietarios dependiendo del momento en que adquiriesen la vivienda?	28
III.IV. Sobre la posición jurídica de los vecinos de Eiravedra: si el Ayuntamiento fuese condenado a satisfacer alguna indemnización, ¿qué acciones podrían ejercitarse para resarcir al erario municipal?.....	31
III.V. En el caso de que alguno de los hechos indicados en el caso pudiese ser constitutivo de delito:.....	33

A.	¿Qué tipos del CP considerarías aplicables?	33
1.	Prevaricación del art.320 CP	33
2.	Prevaricación del art. 404 CP	35
3.	Falsedad documental	35
4.	Cohecho.....	36
5.	Desobediencia	37
6.	Estafa.....	38
B.	¿Qué consecuencias tendría esta circunstancia sobre el proceso contencioso-administrativo?	38
1.	Principio de non bis in ídem.....	38
2.	Concurrencia de la vía penal y la administrativa	39
III.VI.	Si se llegase a derribar el edificio: ¿Existiría una vulneración del derecho moral del autor del arquitecto? ¿Tendría este derecho a una indemnización teniendo en cuenta que es parte del cuadro de personal de MADESA?.....	41
A.	Protección de la obra por el derecho de autor de la LP.....	41
B.	Derechos que se derivan de la autoría	41
C.	Derecho del autor a ser indemnizado por el atentado contra el carácter inviolable de la obra.	42
IV.	Fuentes	44
IV.I.	Legislación	44
IV.II.	Jurisprudencia	47
IV.III.	Bibliografía	49

ABREVIATURAS

AAPP	Administraciones Públicas
Art. /s.	Artículo/s
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia
BOE	Boletín Oficial del Estado
C-A	Contencioso-administrativo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
DOG	Diario Oficial de Galicia
FJ	Fundamento Jurídico
Ley 30/92	Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común
LBRL	Ley de Bases de Régimen Local
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOUGA	Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
PGOM	Plan General de Ordenación Municipal
RD	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TR	Texto refundido
TS	Tribunal Supremo

TSJ Tribunal Superior de Justicia

TSJG Tribunal Superior de Justicia de Galicia

I. Supuesto de hecho

Por acuerdo con fecha de 10 de abril de 2002, el Ayuntamiento de Eiravedra otorgó licencia para la rehabilitación de un edificio de oficinas ubicado en el número 15 de la calle de la Fraternidad con el fin de destinarlo a viviendas y locales comerciales.

El 15 de mayo siguiente, Doña X.M.F., en su condición de vecina de Eiravedra, formuló recurso contencioso-administrativo contra el mencionado acuerdo.

Tras la interposición del recurso, el 5 de febrero de 2003, el Ayuntamiento modificó el planeamiento con el fin de dar cobertura legal a la obra, ya finalizada, de rehabilitación del edificio del número 5 de la calle de la Fraternidad.

Por sentencia de 12 de marzo de 2005, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia estimó parcialmente el recurso de Doña X.M.F. y, tras anular la licencia, ordena la demolición de las obras de rehabilitación realizadas al amparo de la licencia. El alto tribunal gallego considera que la licencia no es conforme a derecho al no incluirse el número mínimo de plazas de aparcamiento exigidas, en ambos casos, por la normativa urbanística aplicable, rechazando la argumentación en contrario del Ayuntamiento y de la constructora MADESA de que al tratarse de la rehabilitación de un edificio construido en 1949 y, por tanto, anterior al PGOM y a la legislación urbanística vigente, esas exigencias no serían de aplicación.

Dentro del plazo establecido en el art. 89 LJCA, MADESA preparó recurso de casación ante la Sala de lo C-A del TSXG, interponiéndolo ante la Sala 3ª del TS de conformidad también con lo dispuesto en la Ley jurisdiccional. En síntesis, el recurso se funda en que la sentencia recurrida desconoce la doctrina jurisprudencial para la cual la demolición es una medida excepcional, de aplicación restrictiva e sometida al principio de proporcionalidad cuando, como a su parecer acontece en el caso de autos, la obra es susceptible de ser legalizada al abrigo de la modificación del planeamiento urbanístico realizada por el Ayuntamiento de Eiravedra.

Por esto, por sentencia de 18 de noviembre de 2009, el TS desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia al considerar que la demolición de lo construido al abrigo de una licencia ilegal es la consecuencia natural de la anulación de la licencia y, por ser la única vía de restauración del orden urbanístico conculcado, non es de aplicación el principio de proporcionalidad.

Desde entonces, Doña X.M.F. viene reclamando, hasta el momento infructuosamente, la ejecución de la sentencia. Por escrito de 10 de abril de 2012, el Ayuntamiento de Eiravedra promovió incidente a fin de que la Sala de lo C-A del TSJG declarase la sentencia inejecutable por imposibilidad material derivada de la imposibilidad de demoler las obras de rehabilitación sin derribar el edificio (dada la antigüedad de la estructura original del mismo) y de restaurar la realidad física alterada por las obras de rehabilitación dado que los materiales empleados para su realización ya no se encuentran en el mercado. Por Auto de 20 de diciembre de 2012, la Sala de lo C-A del TSJG estimó el incidente y declaró la sentencia inejecutable por imposibilidad material. En concreto, el Auto considera que “comparada la entidad de las infracciones cometidas 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 la sentencia por causa de imposibilidad material”.

A pesar de esto, este Auto fue revocado por el TS, tras ser recurrido en casación por Doña X.M.F. Para el alto tribunal, que la demolición pueda afectar a la estructura del edificio solo requeriría realizar los refuerzos necesarios, lo cual, en ningún caso,

impediría ejecutar la sentencia. En conclusión, el TS no considera atendibles las razones aducidas por el TSJG para declarar la sentencia materialmente inejecutable y revoca el Auto de 20 de diciembre de 2012.

I.II. Cuestiones

1. Valoración de la situación del edificio rehabilitado, en particular teniendo en cuenta:
 - a) Su eventual situación de “fuera de ordenación”.
 - b) La modificación puntual del planeamiento posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo que permitiría su legalización.
 - c) La naturaleza jurídica de la demolición ordenada por la sentencia del TSJG y sus repercusiones prácticas en especial en lo que tienen que ver con la aplicación del principio de proporcionalidad.

2. Sobre la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas:
 - a) ¿Qué medios tienen a su disposición los jueces y tribunales de lo C-A para lograr la ejecución de las sentencias? ¿Cuáles piensas que se deberían emplear en el 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 ejecutar la sentencia, ¿tendría Doña X.M.F. derecho a ser indemnizada?

3. Sobre la posición jurídica de los propietarios de 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 adquiriesen la vivienda?

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

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

6. De derribarse el edificio, ¿existiría una vulneración del derecho moral del autor del arquitecto? ¿Tendría este derecho a una indemnización teniendo en cuenta que es parte del cuadro de personal de MADESA?

II. Presentación de los hechos

Primero. El 10 de abril de 2002 el Ayuntamiento de Eiravedra concede una licencia de obra para rehabilitar un edificio de oficinas y destinarlo a viviendas y locales comerciales.

Segundo. El 15 de mayo de 2002 la señora XMF, vecina del Ayuntamiento, interpone un recurso contencioso-administrativo contra esa licencia.

Tercero. El 5 de febrero de 2003, ya con la obra finalizada, el Ayuntamiento modifica el PGOM para darle cobertura legal a dicha licencia.

Cuarto. El 12 de marzo de 2005, el TSJG estima parcialmente el recurso, basándose en que la licencia no cumple con los requisitos de la normativa urbanística aplicable, rechazando el argumento de la constructora, MADESA, que alega que el edificio es anterior al planeamiento vigente y que por esto, estas normas no serían de aplicación.

El TSJG declara la licencia ilegal y ordena la demolición de las obras de rehabilitación.

Quinto. MADESA promueve recurso de casación, dentro del plazo legal, contra esta sentencia ante la Sala 3ª del TS. Fundamenta su recurso en que la jurisprudencia que se viene aplicando en estos casos entiende la demolición como una medida excepcional que no debería aplicarse teniendo en cuenta que la licencia es susceptible de ser legalizada bajo la nueva modificación del PGOM.

Sexto. El 18 de noviembre de 2009, el TS desestima el recurso y confirma la sentencia del TSJG, entendiendo que toda licencia ilegal tiene como consecuencia natural la demolición, puesto que es la única vía posible para restaurar la legalidad.

Séptimo. El 10 de abril de 2012, con la sentencia de demolición aún por ejecutar, el Ayuntamiento promueve incidente contra dicha ejecución, alegando causa de imposibilidad material debido a que es imposible demoler las obras de rehabilitación sin derribar el edificio y que no se puede recuperar el estado anterior de este ya que los materiales que habían sido utilizados ya no existen.

Octavo. El 20 de diciembre de 2012, el TSJG estima el incidente y declara la inejecutabilidad. Fundamenta su auto en que la posibilidad de que todo el edificio se caiga sí es una medida desproporcionada.

Noveno. XMF recurre este Auto en casación ante el TS y el TS lo revoca, porque entiende que si se realizan los refuerzos adecuados, el edificio no tendría por qué caerse.

III. Cuestiones planteadas

III.I. Valoración de la situación del edificio rehabilitado, en particular teniendo en cuenta:

A. Su eventual situación de “fuera de ordenación”.

El artículo 60 del TR de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976¹ dice que:

“Uno. Los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan General o Parcial que resultaren disconformes con el mismo serán calificados como fuera de ordenación.

Dos. No podrán realizarse en ellos obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble.

Tres. Sin embargo, en casos excepcionales podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años, a contar de la fecha en que se pretendiese realizarlas.

Cuatro. Cuando la disconformidad con el plan no impida la edificación en el mismo solar que ocupa el edificio, el propietario podrá demolerlo sometiendo al Plan de ordenación, y se entenderá comprendido el caso dentro del número dos del artículo setenta y ocho, Sección tercera del Capítulo VIII de la Ley de Arrendamientos Urbanos, o normas que lo sustituyan, sin que sea exigible el compromiso de edificar una tercera parte más de las viviendas cuando lo prohíba el citado Plan”.

Entendemos que una edificación se dice que se encuentra fuera de ordenación cuando se dan dos situaciones:

La primera, que se haya realizado al amparo de una licencia legal y conforme al planeamiento de aquel momento, pero que posteriormente se vea afectada por una serie de cambios en dicho planeamiento que hagan que la edificación ya no se encuentre adecuada al nuevo plan vigente.

La segunda, tiene lugar cuando se ha edificado sin licencia pero ya han pasado los plazos para ejercitar la potestad disciplinaria de la Administración. Este hecho confiere a la edificación ilegal el estatus de inatacable por haber prescrito las acciones disponibles contra ella.

¹ RD 1346/1976, de 9 de abril por el que se aprueba el TR de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, disposición derogada en cuanto se oponga a la disposición derogatoria de la Ley 8/1990, de 25 de julio, a su vez derogada por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, pero cuya disposición derogatoria fue anulada por el TC, puesto que este Real Decreto sigue vigente.

La Administración no dispone de ningún arma contra este tipo de situaciones, lo único que puede hacer es dejar que se eliminen de forma natural (ruina), y una vez desaparezcan, apropiarse de ellas. De todas formas, para asegurarse de que esta situación no tenga continuidad en el tiempo, la Administración puede poner límites, como por ejemplo, prohibir que se realice ninguna obra de mejora que pueda alargar la vida de la construcción. Ya que el otorgamiento de la licencia se llevó a cabo en abril de 2012 sería de aplicación el RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana² y en su artículo 137 apartados segundo y tercero, nos dice que:

“2. Salvo que en el propio planeamiento se dispusiera otro régimen no podrán realizarse en ellos obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble.

3. Sin embargo, en casos excepcionales podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años, a contar desde la fecha en que se pretendiese realizarlas”.

Antes de continuar, vamos a aclarar uno de los conceptos más elementales en Derecho urbanístico, el concepto de licencia. La licencia urbanística es el acto por antonomasia dentro de los actos administrativos de comprobación previa, y mediante ella se autoriza una actividad porque se considera que cumple o va a cumplir con los deberes normativos exigidos. A pesar de esto, había un sector doctrinal que la consideraba como un instrumento constitutivo de derechos, pero la sentencia de 20 de marzo de 1997 del Tribunal Constitucional³ mantiene su carácter declarativo, pues el derecho preexistente es legalmente ejercitable, la licencia simplemente comprueba que se puede ejercer en las condiciones legalmente exigibles. Otro dato importante es que la concesión o denegación de las licencias se constituye como un acto reglado, es decir que si se cumplen los requisitos legales para su concesión, ésta habrá de otorgarse, por lo que la misma no depende de una voluntad discrecional de la Administración.

El procedimiento para su concesión se iniciará a instancia de parte y se exigirán por parte del órgano las autorizaciones concurrentes o informes sectoriales exigidos por la normativa aplicable y, en todo caso, por la normativa medioambiental o de protección del patrimonio cultural. Será necesaria la elaboración de un proyecto técnico por facultativo competente, el cual responderá, a los efectos que procedan legalmente, de la exactitud y veracidad de los datos de carácter técnico consignados en el mismo. Aunque también es posible que conforme a la normativa no precisen proyecto técnico y en su defecto deberán acompañarse de una memoria descriptiva de las actuaciones, en la que se definan y describan con exactitud los usos, sus características urbanísticas, condiciones de seguridad, salubridad y ornato adecuadas a su emplazamiento, así como un presupuesto estimado de las mismas. Previo acuerdo de otorgamiento se elevará una declaración suscrita por el técnico redactor del proyecto de cumplimiento de la normativa urbanística vigente y de los requisitos básicos de calidad de la edificación.

² RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, derogado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

³ STC 20 de marzo de 1997 (RJ 1997/61)

El supuesto de hecho que se nos presenta tiene que ver con un edificio construido en 1949, y como dice el enunciado de la primera cuestión, se encuentra en situación de fuera de ordenación porque suponemos que sus características no son acordes con el PGOM vigente en 2002, que es en el momento en que comienzan a relatarse los hechos. Por tanto, la realización de obras de rehabilitación sobre un edificio en esta situación sería en principio ilegal, ya que el ordenamiento solo autorizaría obras pequeñas o de mero ornato, y alguna de mayor envergadura si a la obra le hubiesen reconocido otros quince años más de vida.

Teniendo en cuenta que el supuesto se desarrolla en Galicia, debemos aplicar de manera preferente las disposiciones contenidas en la legislación urbanística de esta Comunidad Autónoma.

La Ley 2/2010 que modifica la LOUGA 9/2002 establece un nuevo régimen en su art. 103, que permitiría realizar obras de mejora sobre edificaciones que solo fuesen parcialmente incompatibles con el nuevo planeamiento⁴. Pero ya que las obras se llevan a cabo antes de esta reforma, las obras de rehabilitación llevadas a cabo seguirían siendo incompatibles con las normas que acabamos de mencionar y, por tanto, ilegales.

La Sentencia de 11 de octubre de 2001⁵ sobre un edificio situado en Cantabria alude a los preceptos previamente mencionados a los que responde así: “el régimen de fuera de ordenación es incompatible con cualquier régimen de protección y conservación de los edificios”. Como esta otra Sentencia del TS de 29 de abril de 2002⁶: “El que las obras a realizar vengan exigidas por disposiciones normativas y se propongan reforzar la seguridad de las instalaciones en nada cambia la interpretación del artículo 60.2 de la Ley del Suelo de 1976, como tampoco la mayor o menor importancia de las obras a realizar. Sea cual sea esa importancia y con independencia de la finalidad perseguida, en los edificios calificados como fuera de ordenación únicamente se permiten las obras que consistan en pequeñas reparaciones y que vengan exigidas por la higiene, el ornato y la conservación del inmueble. Por tanto, entendemos que, ya al margen de que las nuevas obras de rehabilitación fuesen realizadas al amparo de una licencia ilegal, la ilegalidad se produciría aunque esa licencia fuese legal, ya que en ese momento estaba prohibido realizar obras de mejora sobre edificaciones fuera de ordenación”.

Si entendemos que el edificio original se encuentra en situación de fuera de ordenación y que el PGOM vigente en 2002 no contenía previsiones especiales en cuanto a obras permitidas en edificaciones de este tipo, no sería necesario entrar a valorar si las obras de rehabilitación se realizaron en virtud de una licencia contraria al ordenamiento vigente, pues ya solo el hecho de que se hubiesen permitido, aunque hubiese sido un proyecto acorde al planeamiento, era una actuación ilegal.

Por tanto y a modo de conclusión, no se podrían haber consentido las obras de rehabilitación y mejora que se realizaron sobre el edificio en cuestión.

⁴ Véase el art.103 de la actual LOUGA sobre edificios fuera de ordenación, introducido por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urgentes de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

⁵ STS de 11 octubre 2001 (RJ 2001\7965) en su FJ 7º.

⁶ STS de 29 abril 2002 (RJ 2002\4309) en su FJ 4º.

B. La modificación puntual del planeamiento posterior a la interposición del recurso C-A que permitiría su legalización.

Para comenzar con esta cuestión, debemos limitar el concepto al que nos estamos refiriendo.

El artículo 93 de la LOUGA dice que existen dos formas de alterar el planeamiento vigente. Una es la revisión y otra la modificación.

El art. 93.2 de la misma ley dice que sólo se entenderán como revisión aquellos actos que impliquen: “la adopción de nuevos criterios respecto a la estructura general y orgánica del territorio o a la clasificación del suelo, motivada por la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias sobrevenidas de carácter demográfico o económico que incidan sustancialmente sobre la ordenación, o por el agotamiento de su capacidad”.

En el resto de casos, como el que nos atañe, nos encontraremos ante una modificación. La misma Ley establece que el procedimiento de modificación del planeamiento, sigue el mismo cauce que el de elaboración y aprobación⁷: comienza con la redacción del nuevo plan a manos de un equipo de facultativos cualificados de formación multidisciplinar, y una vez redactado se abre un período mínimo de un mes para información pública. Antes de su aprobación inicial, se remite al Conselleiro en la materia para su informe en plazo máximo de tres meses, y posteriormente el Ayuntamiento que lo formuló deberá dar su visto bueno y volverá a ser sometido al trámite de información pública. A su vez, se irán recabando los informes preceptivos y necesarios para el conocimiento de la materia y el Pleno aprobará provisionalmente el Plan hasta que el órgano autonómico competente otorgue la aprobación definitiva.

El artículo 94.1 de la LOUGA nos da un dato relevante para nuestro caso, clave a la hora de determinar si las razones que llevaron al Ayuntamiento a modificar el Plan eran legítimas, y es que: “cualquier modificación del planeamiento urbanístico deberá fundamentarse en razones de interés público debidamente justificadas”

1. La modificación como argumento de defensa de MADESA

Los antecedentes de hecho relevantes para esta cuestión tienen que ver con que se interpone un recurso C-A ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia contra el acuerdo de licencia de obra por ser este contrario al Planeamiento General de Ordenación Municipal vigente. En cuanto el Ayuntamiento tiene notificación de este recurso, decide proceder a modificar el PGOM para darle cobertura legal a dicha licencia. A pesar de esto, la constructora no alude a esta modificación del Planeamiento

⁷ Arts. 93.3 y 93.4 y contenido de la modificación en el 94 y ss de la LOUGA.

General en sus alegaciones, y fundamenta su defensa en que el edificio se construyó en 1949 y que, por tanto, no se le deberían aplicar las exigencias del actual PGOM. Con este primer argumento, la constructora parece que pretende hacer ver al Tribunal que las reformas llevadas a cabo sobre el edificio de 1949, solo deberían atender a las disposiciones establecidas en el PGOM de 1949. Argumento que es completamente rechazado por el Tribunal al no tener ninguna base jurídica, ya que, como expusimos en la cuestión anterior, esto solo implica que la construcción original se encuentra en situación de fuera de ordenación.

Por tanto, una vez declarada la ilegalidad de la licencia y ordenada la demolición de las obras de rehabilitación, MADESA recurre dicha sentencia ante el TS.

En este recurso es cuando alude a la modificación del Planeamiento realizada por el Ayuntamiento como base para alegar que la demolición, en este caso, sería una medida desproporcionada, ya que la obra sería susceptible de ser legalizada.

Vamos a exponer los motivos por los que este Tribunal no tendría que tener en cuenta este argumento.

Primero, situémonos en el supuesto hipotético de que la licencia no hubiese sido aún impugnada y el edificio sobre el que se realizan las obras no estuviese fuera de ordenación. La mentada modificación sólo produciría su efecto legalizador si hubiese sido promovido un expediente de reposición de la legalidad en favor de esta. El expediente de reposición de la legalidad es un instrumento básico dentro de la potestad disciplinaria de la Administración. Ya que la licencia fue otorgada violando lo dispuesto en el planeamiento vigente en ese momento, haría falta que esta fuese revisada una vez se hubiese modificado el PGOM para decidir si, bajo el nuevo planeamiento, esta ya podría ser legal.

Aun así, esto sería solo un ejemplo, puesto que la situación real es que el acuerdo de licencia ha sido impugnado y una vez una licencia es declarada ilegal y contraria a derecho, ya no cabe legalización posible.

El segundo argumento del que se vale el TS es tan simple y lógico como el argumento que erigió el mismo Tribunal en la Sentencia de 20 de diciembre de 2001: “No cabe hablar, por lo tanto, de éste (...) o de soluciones que no contemplan ni el proyecto ni la licencia, y menos de un planeamiento no vigente cuando se concedió.”⁸

Si la licencia fue otorgada bajo el PGOM vigente en 2002, la licencia tendrá que amoldarse a las condiciones establecidas en este, y una modificación posterior a su redacción, solo podría haber tenido efecto si la licencia no hubiese sido impugnada y se hubiese promovido expediente de reposición de la legalidad y se hubiese apreciado que la obra cumplía con los requisitos del nuevo planeamiento.

Por tanto, y finalmente, el Tribunal declara la licencia contraria a derecho por no cumplir con los requisitos establecidos por la normativa urbanística aplicable, siendo estos: dimensiones mínimas de los patios interiores y número mínimo de plazas de aparcamiento; y ordena la demolición de la obra. Con respecto a estos requisitos, como información adicional, es importante apuntar que ambas disposiciones, tanto la de la

⁸ FJ 4º de la STSJ 20 de diciembre de 2001 (RJCA 2002/152), posteriormente sometida a recurso de casación ante TS en la famosa Sentencia de 8 de julio de 2014, también citada en este trabajo. (RJC 2014/4020)

medida de perímetro como la del número de plazas de aparcamiento, son determinaciones, entre otras, que deben estar presentes en todo planeamiento que tenga por objetivo suelo urbano consolidado de algún territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, según versa el artículo 54 de la LOUGA. El artículo 11 de la misma Ley explica qué entendemos por suelo urbano, siendo todo terreno integrado en la malla urbana existente siempre que reúna una serie de requisitos que enuncia seguidamente. La edificación objeto del litigio se encuentra en suelo urbano consolidado, puesto que tiene un grado de urbanización efectiva (art.12.a LOUGA).

2. La decisión del Ayuntamiento de modificar el planeamiento. La desviación de poder.

En último lugar, nos surge una cuestión acerca de la decisión del Ayuntamiento de modificar su planeamiento: ¿Qué motivos le llevan a hacerlo?

El artículo 103 de la LJCA, nos dice en sus apartados cuarto y quinto que serán nulos los actos y disposiciones que tengan como fin eludir el cumplimiento de una sentencia, siendo estos apreciados por el órgano a quien corresponda la ejecución.

Para ponernos en contexto, comenzaremos analizando la figura de la desviación de poder, que describe aquella situación en la que un órgano de la Administración ejercita sus potestades administrativas con un fin distinto al que fija el ordenamiento jurídico para esa actuación, y constituye vicio de anulabilidad para los actos que así se dicten. Esta es una figura complicada y de difícil prueba, pues la Administración está actuando dentro de su actividad normal, de una manera aparentemente lícita, lo que es ilícito desde un primer momento es el fin con el que lo hace. Aunque la carga de la prueba le corresponde a quien la alega, la doctrina jurisprudencial viene admitiendo como prueba las presunciones “cualificadas”.

En la sentencia de 8 abril 2013 del TS⁹ se examina una revisión del Plan General llevada a cabo por el Ayuntamiento porque se pretende averiguar si el Alcalde lo ha realizado con el fin encubierto de apropiarse de una serie de terrenos. Pero como dice el Tribunal en el FJ 10º: “Lo que en el futuro pueda disponer el planeamiento territorial y, en concordancia con éste, una eventual modificación o revisión del Plan General, son alteraciones que pertenecen al terreno de la conjetura y no sirven para sustentar un pronunciamiento de nulidad como el que aquí se pretende, basado en la desviación de poder que se reprocha a la revisión del Plan General que aquí estamos enjuiciando”.

Respecto a esto, encontramos otra sentencia de 17 de noviembre de 2010¹⁰ por un recurso de casación, en la cual un Ayuntamiento pretende que invaliden el fallo por el que se ordena la anulación de una licencia de obra y la demolición de lo construido bajo dicho título, igual que en nuestro caso. Uno de los motivos que alega el recurrente es el hecho de que el Planeamiento ha sido modificado con posterioridad al otorgamiento de la licencia, y que, bajo estas nuevas circunstancias, esta ya sería legal.

⁹ STS de 8 abril 2013 (RJ 2013\4427)

¹⁰ STS de 17 noviembre de 2010 (RJ 2011/1)

Como nos cuenta nuestro caso, “el Ayuntamiento modificó el planeamiento con el fin de dar cobertura legal a la obra, ya terminada”. La modificación del planeamiento por parte del Ayuntamiento de Eiravedra, tal y como extraemos del supuesto de hecho, se lleva a cabo inmediatamente después de la interposición del recurso por parte de Dña. X.M.F. contra el acuerdo de licencia de rehabilitación ante el TSJ de Galicia, pero antes de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho Tribunal dictase sentencia. En base a esto, en la sentencia por recurso de casación de 22 enero de 2010 el TS¹¹ se pronuncia con decisión afirmando que: “A tenor de las fechas expuestas resulta claro que no puede ser interpretada la aprobación del nuevo planeamiento como un medio de eludir el cumplimiento de la sentencia, pues cuando se aprueba el plan y se otorgan las licencias no se había dictado sentencia”

Por tanto, si nos basamos en la doctrina sentada por el TS, entendemos que no concurriría la desviación de poder a la que se refiere el artículo 103.4 y 5 de la LJCA, pues la modificación del ordenamiento no pudo ser aprobada con vistas a evitar cumplir una sentencia que aún no se había publicado. Aunque esto no quiere decir que el hecho de querer dar cobertura legal a una licencia no implique una violación del artículo 94.1 de la LOUGA, ya que “cualquier modificación del planeamiento urbanístico deberá fundamentarse en razones de interés público debidamente justificadas”, y como explica el TS en la sentencia de 17 de noviembre de 2010 ya arriba mencionada: “No responde a eventuales circunstancias sobrevenidas en el desarrollo de la ciudad, sino al designio de conferir cobertura a una actuación declarada contraria a derecho por sentencia”. Lo que significaría la nulidad de la modificación.

C. La orden de demolición

1. Naturaleza jurídica

Una de las funciones principales del Derecho, es la de intentar, siempre en la medida de lo posible, restablecer la situación anterior al hecho antijurídico. Cuando no hay medios para restablecer esa realidad anterior, es cuando se procede a compensar lo perdido por otros cauces.

La demolición, al igual que la reconstrucción, es una figura propia del derecho urbanístico que se lleva a cabo cuando no existe otro medio para restablecer la legalidad urbanística, es una medida de reposición de la realidad física alterada. Es lógico pensar que lo más justo es que si, por ejemplo, un edificio ha sido ilegalmente derribado, el sujeto o sujetos responsables procedan a su reconstrucción para eliminar el daño causado, en vez de solo compensar dinerariamente al afectado. Por tanto, nuestro ordenamiento jurídico aplica esta lógica y entiende que, si algo que no debería haberse construido, se ha llevado a cabo, habrá que demolerlo. Esta figura no supone una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, lo que la hace una medida compatible con la vía penal sin que se produzca un quebranto del principio de non bis in ídem, el cual analizaremos más adelante.

¹¹ STS de 22 enero de 2010. (RJ 2010\3087)

Si examinamos la cuestión de la demolición desde el punto de vista del interés público, una construcción ilegal debe ser demolida, sin excusas. En cambio, existe también un interés particular, el de todas aquellas personas que se han visto involucradas en una situación que les perjudica directa y gravosamente y de la que no son en modo culpables.

2. Repercusiones prácticas. El principio de proporcionalidad

Una vez se dicta sentencia de demolición, existen dos posibles vías de ejecución, no como dos posibilidades realmente, más bien una como consecuencia de la otra.

En primer lugar, se le da al interesado un período de tiempo que suele ser generalmente de tres meses, durante el que podrá llevar a cabo la demolición por sus propios medios. Durante este período, si el sujeto afectado interpone un recurso contra la sentencia de demolición, se podrá solicitar la suspensión de la ejecución. Por otro lado, si el particular decide cumplir con la orden y lleva a cabo la demolición, esta actuación será considerada como circunstancia atenuante y repercutirá en el importe de la sanción, teniendo derecho a una reducción del ochenta por ciento sobre el importe original.

La segunda vía tiene lugar cuando es la Administración la que tiene que llevar a cabo la demolición, lo que devendría en una ejecución forzosa o subsidiaria. Si se trata de la primera, se impondrá una multa al particular. Esta podrá ser reiterada hasta que cumpla efectivamente y solo se admitirá recurso en cuanto al acto administrativo de ejecución, nunca para cuestionar la legalidad de las obras. Si de esta manera tampoco cumple, será la Administración la que se encargue de todo el procedimiento de demolición, con el posterior cargo de las actuaciones al particular.

La jurisprudencia a veces tiende a intentar evitar por todos los medios la aplicación de esta medida porque las consecuencias de su aplicación pueden ser graves y afectar a terceros inocentes. En el caso de edificios de viviendas, los adquirentes de buena fe ven como se quedan sin su propiedad sin poder hacer nada, porque, aunque como vamos a ver tienen derecho a ser indemnizados, son procesos largos y costosos que cualquiera preferiría evitar.

La sentencia del recurso de casación de 2014¹², basada en dos Autos de 2013 del TSJG¹³ en los que se declaraba la imposibilidad material de ejecución, resulta reveladora en cuanto a las implicaciones del mencionado principio de proporcionalidad. En ella, se estimaba un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la señora Doña Blanca contra un acuerdo de licencia del Ayuntamiento de La Coruña para rehabilitar un inmueble y destinarlo a viviendas y locales, anulando dicho acuerdo por ser este contrario a derecho y ordenando la demolición de las obras de rehabilitación. El TS desestima el recurso de casación basándose en varios argumentos. Dejando a un lado aquellos que versan sobre cuestiones formales, estos son los dos más relevantes:

¹²STS de 8 julio 2014 (RJ 2014\4020). Véase también STS de 24 de junio de 2008 (RJ 2008\5608)

¹³ Se refiere al Auto TSJG de 2 abril 2013 (JUR\2013\116020) y el Auto posterior que lo confirma con fecha de 10 de mayo de 2013. Ambos anulados por la STS de 8 de julio de 2014.

Primero, la constructora alegaba en su defensa que la demolición es una medida excepcional e invoca el principio de proporcionalidad. El TS ve imprescindible restaurar la legalidad, para lo cual hay un único medio, la demolición. Debido a que no existen otras posibilidades entre las que optar, no es de aplicación el principio de proporcionalidad alegado.

Segundo, en cuando a la imposibilidad material de ejecución, el TS la rechaza y dice literalmente que: “Lo natural es que una construcción acabada, a pesar de que la licencia concedida se hubiese impugnado en sede judicial, experimente debilitamiento de la estructura al ser demolida en cumplimiento de la sentencia anulatoria de dicha licencia y ello requiera los reforzamientos necesarios aunque no estuviesen previstos en los proyectos iniciales, pero ello no hace desproporcionada la demolición, ya que con ella se trata de restaurar el orden jurídico infringido y la realidad física alterada”.

Esto no quiere decir que el TS rechace el carácter excepcional de esta medida y su sometimiento al principio de proporcionalidad, sino que entiende que es el único medio justo y eficaz para acabar con la ilegalidad, ya que como mencionamos, la demolición no es una sanción, sino una medida de reposición de la realidad física alterada.

Teniendo una solución tan clara ante este tipo de ilícitos, como es la demolición, es inadmisibile y no se puede entender, que estas no se lleven a cabo en la mayoría de los casos. Además, está claro que uno de los mayores impedimentos a la hora de ejecutar las órdenes de demolición es la posibilidad de que las sentencias de los juzgados y tribunales de primera instancia que las contemplan, puedan ser suspendidos ante la interposición de un recurso.

III.II. Sobre la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas:

A. ¿Qué medios tienen a su disposición los jueces y tribunales de lo C-A para lograr la ejecución de las sentencias? ¿Cuáles se deberían usar en este caso?

1. El deber de ejecutar las sentencias.

El artículo 118 de la CE es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho, en él se establece que:

“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

A su vez, los arts. 17 y 18 de la LOPJ establecen la obligación de todas las personas, tanto públicas como privadas, de colaborar para la ejecución de las sentencias, las cuales deberán llevarse a cabo en sus propios términos, salvo causa de imposibilidad.

El artículo 103 de la LJCA establece de forma inequívoca las condiciones para la ejecución de las sentencias de los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que estas designen y que todas las personas y entidades, tanto públicas como privadas, deberán prestar su colaboración a tal fin. Además, recalca, que cualquier acto o disposición que tenga como fin eludir el cumplimiento de una sentencia, será nulo de pleno derecho.

Por su lado, la Ley 30/92 también nos habla sobre la ejecución de sentencias. El artículo 94 de la dicha Ley establece el régimen de ejecutoriedad de los actos de las AAPP: “Los actos de las AAPP sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”. Estas excepciones son el supuesto de suspensión, art.111, y el de las circunstancias establecidas para las resoluciones, contempladas en el art.138 de la misma Ley.

Si bien, es cierto que existen circunstancias de imposibilidad, a las que alude el artículo 105, como son la imposibilidad material o legal de ejecución o las causas de utilidad pública o de interés social, que pueden devenir en la suspensión o inexecución de las sentencias.

Pues bien, pese a lo conciso y categórico de estos artículos, en más ocasiones de las que podría permitirse cualquier sistema judicial, los fallos no son ejecutados y sin que medie ninguna de las excepciones que acabamos de mencionar. En palabras de Nieto (1984): “Resulta por todos conocido que uno de los problemas más importantes que tiene planteado la jurisdicción contencioso-administrativa es el del cumplimiento de las sentencias dictadas contra las Administraciones públicas. El culpable, mejor dicho, la

culpable de estos incumplimientos generalizados, tiene por desgracia una acreditada y afamada reputación”¹⁴

A fin de evitar estas situaciones, los Jueces y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa disponen de varios medios para lograr esta ejecución, los cuales analizaremos seguidamente.

2. Los medios de los tribunales para hacer cumplir las sentencias

Dentro de la tipología de medios de ejecución disponibles en esta jurisdicción, tenemos en primer lugar el supuesto de cumplimiento voluntario, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el órgano jurisdiccional de interponer medidas cautelares para asegurar este cumplimiento. Esta sería la situación normal y la que siempre debería darse, pues es inherente a la sentencia.

La ejecución voluntaria viene recogida en el artículo 104.1 de la LJCA, estableciendo las condiciones para su realización. Tal y como dice el apartado 2 del mismo artículo, cuando este plazo transcurre sin que la Administración realice las actuaciones a las que ha sido condenada, cualquiera de las partes afectadas podrá solicitar que se inicie el procedimiento de ejecución forzosa.

La LJCA no recoge una lista taxativa de medios de ejecución forzosa. Como dice Pérez del Blanco (2003), refiriéndose al artículo 112, el cual considera como una cláusula residual de cierre: “pudiéndose entender como una remisión clara a las normas de la LEC [...] con la que se pretende excluir cualquier resquicio en el que se amparen las conductas contumaces debido a la no previsión expresa de medios de ejecución adecuados en un momento determinado”.¹⁵

Una vez establecida la diferencia entre la ejecución voluntaria o normal y la forzosa, procedamos a enumerar y analizar los medios de ejecución forzosa previstos por la LJCA, todos muy diferentes entre sí. Para examinarlos ordenadamente, empezaremos clasificándolos en medios directos e indirectos.

Los medios de ejecución directos serán los que requieren la intervención del órgano jurisdiccional en cuestión y no del condenado, para llevar a cabo la ejecución. Los indirectos son los que llevarían a cabo los obligados al cumplimiento, claro está, previa coacción del órgano jurisdiccional. Estos medios, no se comprenderían estrictamente dentro de los medios de ejecución forzosa, sino que formarían otra figura jurídica, la ejecución subsidiaria.

¹⁴ NIETO, A., *La organización del desgobierno*, Ariel, 1984.

¹⁵ PÉREZ DEL BLANCO, G., “El medio de ejecución como núcleo de la tutela jurisdiccional de carácter ejecutivo”, en *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo: doctrina y formularios*, Del Blanco Editores, (S.L.), 2003, p.84. Entiende la LEC como norma supletoria de la LJCA.

Fuera de esta clasificación, hay que mencionar las medidas especiales llevadas a cabo por el órgano jurisdiccional, destinadas a paralizar toda actuación de la Administración que tenga como finalidad eludir el cumplimiento de la sentencia¹⁶.

En el caso al que nos enfrentamos, hay una sentencia de 2005 que ordena la demolición de unas obras de rehabilitación y tras varios recursos e incidentes, en 2012 aún no se ha ejecutado.

Primero hay que apuntar que la LJCA contempla en su art.104.2, que si no se ha puesto un plazo de cumplimiento en el fallo de la sentencia, transcurridos dos meses desde su comunicación, cualquiera de las personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa. Por tanto, ante un claro incumplimiento, la primera solución sería solicitar esta ejecución.

La LJCA, en su artículo 112 solo prevé en este ámbito, que las medidas ejecución forzosa sean acordadas en un procedimiento incidental con previa audiencia de las partes. Para la fase de alegaciones se establecerá el plazo general de 20 días del artículo 109, sin perjuicio de que pueda establecerse uno inferior, ya que el art. 112 no se pronuncia sobre esta cuestión. La decisión sobre la medida a realizar para lograr la ejecución tendrá la forma de Auto¹⁷.

Una vez solicitada esta ejecución, el órgano judicial deberá decidir si ejecuta la sentencia por sus propios medios o si recurre a la coacción para hacer que el incumplidor la ejecute.

La primera opción propuesta es la de ejecución indirecta. Esta es la previsión general del artículo 112 de la LJCA: Si el condenado no cumple, se le impondrán multas que se reiterarán hasta que se lleve a cabo este cumplimiento e incluso se podrá deducir responsabilidad penal derivada de la violación del deber de obediencia. El problema es el sujeto “condenado”, ¿quién o quiénes serían en este caso los responsables directos de este incumplimiento? Las licencias de urbanismo son otorgadas por los Ayuntamientos, que son los que ejercen el control sobre la sujeción de los actos de edificación y uso del suelo al Planeamiento urbanístico. En nuestro caso, el responsable directo sería el Ayuntamiento de Eiravedra, pues es el que dictó la licencia ilegal objeto del litigio y quien, tras el recurso ante el TS, era el responsable de llevar a cabo la demolición.

En segundo lugar, el órgano jurisdiccional dispone de las medidas de ejecución directa. Dentro de estas, la más común es la ejecución subsidiaria. Para entender esta figura, debemos remitirnos a la LEC, ya que la LJCA no contiene apenas provisiones al respecto. El órgano jurisdiccional deberá presentar un presupuesto al órgano incumplidor y este deberá adelantar la cantidad exigida. Una vez recibido el pago, el órgano jurisdiccional se valdrá de sus propios medios para realizar la demolición.

Este medio es bastante eficaz pero siempre existiría la posibilidad de que el Ayuntamiento de Eiravedra en este caso, se negase a pagar dicha suma. Si esto ocurre, deberemos acudir al artículo 106 de la LJCA para los supuestos de ejecución mediante pago de una cantidad líquida, lo que sería un nuevo obstáculo en el procedimiento.

¹⁶ Supuesto contemplado en los artículos 103.4 y 108.2 de la LJCA.

¹⁷ “Control judicial de las Administraciones Públicas”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2012, núm. 26, pp. 278-279.

Otra medida, sería la ejecución sustitutoria. El órgano jurisdiccional actuaría como si fuera el órgano incumplidor. El problema es que sus medios no van más allá de dar la orden de demolición que debería haber dado el incumplidor, en este caso el Ayuntamiento, a otro órgano administrativo, ya que ellos no tienen el poder de materializar esa demolición. Por tanto, la ejecución directa, tan solo consistiría en una declaración de voluntad.

Por otro lado, la jurisprudencia ha configurado otra posibilidad, la ejecución directa sustitutoria con recurso a terceros.

Como nos explica González Cueto (2012): “Esta medida implica la sustitución de la administración condenada en su posición de sujeto activo de la actividad de ejecución por otro sujeto que va a actuar bajo el mandato directo del órgano jurisdiccional. Éste será normalmente un funcionario o agente de la administración condenada o de otra administración. (...) La base de la norma se ha tratado de fundar en el deber jurídico que las administraciones públicas tienen de prestar su colaboración a los órganos jurisdiccionales”¹⁸.

Por tanto, el órgano jurisdiccional daría la orden de demolición a un cuerpo de la Administración que pudiese llevarla a cabo.

3. Medios que se deberían emplear en este caso

Finalizadas las consideraciones teóricas sobre los modos de ejecución de sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa, vamos a determinar cuál sería el medio más efectivo en este caso.

Como primera conclusión entendemos que la ejecución directa podría ser un problema en lo que respecta a la determinación del sujeto responsable. Para el otorgamiento de una licencia hay que seguir un procedimiento en el que intervienen muchos sujetos, y pese a que el Ayuntamiento podría ser el sujeto pasivo, no sería tan fácil acreditar su responsabilidad directa. Además, aún en el caso de que el Ayuntamiento fuese el designado judicialmente para cumplir, el proceso seguramente se dilataría mucho.

Así, nos quedarían las dos medidas de ejecución directa sustitoria.

La medida que requiere la sola intervención del órgano jurisdiccional tampoco parece que pueda ser muy efectiva, ya que sus medios son escasos.

Así que, finalmente, a nuestro modo de ver la medida más acertada sería la de la ejecución sustitutoria entre el órgano jurisdiccional y un tercero colaborador. Es una medida rápida y directa, el órgano dispone y el ejecutor realiza la demolición, sin más trámites ni terceros intermediarios. Así el cumplimiento del fallo recaería directamente en el sujeto idóneo para ejecutarlo, sin que pudiesen darse más impedimentos.

¹⁸ GONZÁLEZ CUETO, T.,” La ejecución de sentencias de condena a la Administración a realizar una actividad o dictar un acto” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, enero 2012, p.284.

Una vez eliminadas las obras de rehabilitación, se daría traslado de todos los gastos al Ayuntamiento. Claro está que aquí también se da la posibilidad de que el Ayuntamiento desoiga la orden de pago, por lo que el órgano jurisdiccional tendría que poner en marcha las medidas de ejecución de pago de cantidad líquida antes mencionadas. Pero la demolición ya se habría llevado a cabo por tanto conseguimos el objetivo de la sentencia, la ilegalidad es por fin removida.

B. La imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia C-A.

1. Las causas de imposibilidad y el incidente de inejecución

Las causas de imposibilidad legal y material de ejecución de sentencias, ambas contempladas en el art.105.2 de la LJCA¹⁹ son supuestos que constituyen una excepción a la disposición del apartado previo del mismo artículo: “No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo”.

En cuanto a la legitimación para instar la declaración de imposibilidad de ejecución, LA doctrina del TS ha venido declarando que esta corresponderá, como parece lógico, al órgano de la Administración a quien corresponde ejecutar la sentencia.

El plazo general para alegar esta imposibilidad será el mismo que transcurre antes de que cualquiera de los afectados pueda solicitar la ejecución forzosa, dos meses (art.104.2 LJCA). Aun así, en varias ocasiones la jurisprudencia ha admitido apreciar alguna de estas causas fuera de plazo. Por ejemplo, recurriendo a un auto de 2013 del TSJG²⁰, que se remite a su vez otra Sentencia del mismo Tribunal para explicar por qué no tiene caso alegar infracción procesal por plantear un incidente de forma extemporánea ya que como dice: “Esta cuestión ha sido resuelta adecuadamente por el Tribunal de instancia al señalar que dicho plazo no es de caducidad, pues la imposibilidad de ejecutar una sentencia lo es en cualquier momento [...] Su cómputo ha de iniciarse, como regla general, desde que surja la causa determinante de la imposibilidad...”

En cuanto al procedimiento, una vez tramitado el correspondiente incidente de ejecución, el juez o tribunal se pronunciarán sobre si concurre o no la causa de imposibilidad, si es necesario adoptar medidas para asegurar la mayor efectividad de la ejecución y en su caso, la indemnización que proceda y que deberá ser abonada por la parte que no pueda dar cumplimiento pleno a la sentencia firme. El Auto en cuestión nuevamente aporta otro dato de interés y es que según la apreciación del tribunal: “Y la

¹⁹ La STS de 16 de mayo de 2014 (RJ 2014/3867), en la Disposición adicional 2ª del fallo, se pronuncia acerca del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y lo incluye dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, alegando que este no tiene carácter absoluto, pues se contempla su sacrificio ante las causas mencionadas.

²⁰ Este Auto anteriormente mencionado de 2 de abril de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia (JUR 2013/116020) declara inejecutable la Sentencia del mismo Tribunal de 20 de diciembre de 2001(RJCA 2002/152), en la que se decreta la demolición de obras al amparo de licencia ilegal, y en su FJ 4º rescata este literal de una STS de 10 de mayo de 2007 (RJ\2007\8062).

comprobación de la existencia de esa imposibilidad material puede producirse cuando, descartada ya definitivamente por decisión judicial la concurrencia de causas de imposibilidad legal de ejecución, se comienza el estudio de las actuaciones técnicas necesarias para llevar a cabo la demolición de unas determinadas obras.”

Una vez fijadas las ideas principales en cuanto a legitimación, plazo y procedimiento, analizaremos los dos tipos de causas de imposibilidad.

La imposibilidad material.

Escudero (2005) la define como el “impedimento de carácter físico que no permite ejecutar la sentencia porque el objeto de la misma ha desaparecido o porque se ha destruido.”²¹

Lo que quiere decir es que no basta la mera concurrencia de dificultades para su ejecución, debe apreciarse solo cuando determine la desaparición o destrucción del objeto del fallo. Además, como afirma Geis I Carreras (2009): “debe interpretarse restrictivamente la existencia de la imposibilidad material porque atenta contra el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias.”²²

La imposibilidad legal.

Se entiende que concurre imposibilidad legal de ejecutar una sentencia cuando se produce una situación vinculada al objeto del fallo que impide su realización, sin que ello conlleve automáticamente la ilegalidad de la resolución judicial firme. Nos encontramos, pues, ante una sentencia que desde el punto de vista material podría ser ejecutable, pero que no podría llevarse a cabo en sus propios términos porque contradiría el ordenamiento jurídico vigente.

Una de las causas más habituales de imposibilidad legal por modificación sobrevenida de la normativa aplicable, se suele producir precisamente en el ámbito urbanístico, cuando se aprueba un planeamiento posterior a la sentencia firme que viene a legalizar la actuación previamente anulada²³.

Ya de vuelta en nuestro supuesto de hecho, nos encontramos ante un Auto del TSJ de 20 de diciembre de 2012 por el cual se estima el incidente de inejecución promovido por el Ayuntamiento el 10 de abril del mismo año.

²¹ ESCUDERO HERRERA, M.C., Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo y sus soluciones, Dykinson, 2005.

²² GEIS I CARRERAS, G.: *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2009.

²³ A tenor de esto, la STS de 5 abril 2001 (RJ 2001\3028) dice así: “Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquella sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado reiteradamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparado por una nueva ordenación, si estimare este ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración»

Si nos fijamos en el antecedente de hecho noveno de la STS de 8 de julio de 2014²⁴, veremos que se refieren también a un incidente de este tipo. La parte actora pretende que este incidente sea declarado inadmisibile alegando una serie de razones, entre las cuales que se ha presentado de manera extemporánea.

Los artículos 104 y 105 de la LJCA establecen un plazo de dos meses para alegar causas de imposibilidad material o legal que puedan derivarse del cumplimiento de la sentencia en cuestión.

La petición de inejecución por parte del Ayuntamiento se produce más de tres años después de que el TS dictase sentencia confirmando la dictada en primera instancia. Por tanto, estaría fuera de plazo. Pese a esto, el TS en la sentencia mencionada hace una serie de precisiones, basadas en el FJ 4º del Auto de 2 de abril de 2013 entre las cuales está que: “su cómputo ha de iniciarse, como regla general, desde que surja la causa determinante de la imposibilidad material o legal” y que “el plazo de los dos meses no puede calificarse como caducidad en términos absolutos”.

Además acaba diciendo que: “la comprobación de la existencia de esa imposibilidad material puede producirse cuando, descartada ya definitivamente por decisión judicial la concurrencia de causas de imposibilidad legal de ejecución, se comienza el estudio de las actuaciones técnicas necesarias para, en un caso como el presente, llevar a cabo la demolición de unas determinadas obras”.

2. En el caso de que se declarase tal imposibilidad, ¿tendría Doña X.M.F. derecho a ser indemnizada?

En primer lugar se debe tener en cuenta que no toda anulación de un acto o disposición de la Administración ha de conllevar necesariamente una indemnización.

Sabemos que el TS revoca el Auto del TSJ por el que se estima el incidente promovido por el Ayuntamiento de Eiravedra. Este incidente tenía como objeto declarar la imposibilidad de ejecución de la sentencia de demolición por causas de imposibilidad material de ejecución.

Pues bien, pensemos en la hipotética situación de que este Auto del TSJ no hubiese sido revocado, sino reafirmado por el TS. Declarada la imposibilidad de ejecución, la sentencia debe cumplirse de alguna manera. Esta forma sustitutiva de cumplimiento se lleva a cabo mediante una indemnización²⁵. El apartado 1 del artículo 105 es el que establece la garantía ante esta situación que acabamos de mencionar, por lo que, en caso de que la imposibilidad material o legal impida el cumplimiento, se fijará la indemnización equivalente.

Apoyando esta cuestión, encontramos una Sentencia del TS de 2004 que dice al respecto que: “se alega infracción del artículo 18.2 de la LOPJ. Según este precepto: «Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare

²⁴ STS de 8 de julio de 2014 (RJ 2014/4020)

²⁵ Respaldo este hecho, STS de 6 de julio de 2012 (RJ 2012\8081)

imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno»²⁶.

No obstante, siguiendo las palabras de Sospedra Navas (2011): “La aplicación de este precepto ha de ser muy cautelosa, en la medida en que no puede servir para encubrir una voluntad de incumplimiento de la sentencia”. Que, a su vez, también afirma: “En cualquier caso, en los supuestos en que no hay terceros interesados, las consecuencias jurídicas derivadas de la inejecución de la sentencia generalmente se concretan en un equivalente indemnizatorio, lo que no genera una problemática de especial complejidad”²⁷.

Teniendo claro esto, el siguiente paso consiste en averiguar quién sería el legítimo destinatario de dicha indemnización.

Como bien sabemos, el concepto indemnización conlleva la existencia de un sujeto afectado, el indemnizado, por una situación que causa la parte indemnizante.

La persona que promovió el recurso fue la señora X.M.F., una vecina del pueblo, en ejercicio de su derecho de acción pública con la única motivación de proteger la legalidad. Es decir, el objeto del recurso no incidía directamente sobre su esfera jurídica, no era parte afectada. A pesar de esto la indemnización que sustituye a la ejecución normal ordenada en el fallo judicial, conocida por indemnización sustitutoria, tiene como objetivo compensar a la persona afectada por la inejecución del fallo.

Por tanto, ¿puede tener derecho a ser indemnizada, una persona que no ha sufrido ningún daño o perjuicio? Si atendemos al significado estricto de indemnización no, pero en estos casos, la parte afectada es aquella que promueve y gana un litigio, y que aun así ve que sus pretensiones finalmente no se cumplen. Además, se crearía una situación injusta si la parte condenada, gracias a que la causa de imposibilidad le exonera de cumplir el fallo en sus propios términos, quedase liberada de toda obligación solo por el hecho de no existir una parte afectada particularmente por la inejecución.

Por tanto, entendemos que la señora X.M.F. sí tendría derecho a ser indemnizada por el Ayuntamiento en la suma equivalente a aquella parte del fallo que no pueda ser cumplida.

²⁶ FJ 7º de la STS de 15 de junio de 2004 (RJ 2004/3897)

²⁷ Sospedra Navas, F. J. (2011). La ejecución de sentencias en materia de función pública. Cuadernos De Derecho Local (QDL), (26)

III.III. Sobre la posición jurídica de los propietarios de viviendas en el edificio afectado:

A. ¿Qué pretensiones podrían ejercitar, y por qué vías, en el caso de que la sentencia fuese finalmente ejecutada?

Esta cuestión nos sugiere el supuesto de que la sentencia de demolición finalmente hubiese sido ejecutada en sus propios términos.

En primer lugar, entendemos que la demolición se ha realizado con éxito, sin que esta afectase a la estructura del edificio original, teniendo por objeto tan solo la obra ilegal por la que se rehabilitaba el edificio. Por otro lado, debemos atender al hecho de que esta rehabilitación consistía en adaptar un edificio de oficinas y convertirlo en un edificio destinado a viviendas y locales comerciales.

Pues bien, la rehabilitación del edificio generó una serie de derechos en aquellas personas que adquirieron las nuevas viviendas. Con la demolición, estas personas pierden estos derechos y, por tanto, deberán ser compensadas.

Estos terceros adquirentes de buena fe, tienen derecho a reclamar aquello que les ha sido arrebatado. Pues ya no es el hecho de que hayan perdido la vivienda, sino que han pagado una cantidad de dinero a cambio de nada, cantidad que les debe ser repuesta.

En base a esto nos recuerda la sentencia de 14 de octubre de 1994 del TS que: “El deber de indemnizar se basa en el mismo fundamento de justicia: evitar que una persona (pública o privada) haya de soportar la lesión o daño antijurídico producido por el funcionamiento de los servicios de una determinada Administración Pública”.²⁸

Una vez precisado el hecho de que los adquirentes tienen derecho a reclamar, hablaremos de las dos posibles soluciones que estos tienen: resolver el contrato de compraventa²⁹ o exigir una indemnización.

A modo de apunte, añadir que los hay que opinan que existe otra solución, que sería a la que habría que acudir en primer lugar, la cual se encuentra contemplada en este fragmento de la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 12 de mayo de 2006, que reza así: “Los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria³⁰, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuáles pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los

²⁸ En el FJ 3º de la STS de 14 de octubre de 1994 (RJ 1994/8741)

²⁹ El artículo 1124 del CC contempla el supuesto de resolución de contrato en las obligaciones recíprocas en caso de que una de las partes no cumpliera con lo acordado.

³⁰ Art.34 de la LH: “El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”.

deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución.³¹

Con esto quieren decir, que a parte de las dos posibilidades mencionadas, se contemplaría fundamentar una solicitud de imposibilidad de ejecución en la protección de los intereses de los terceros adquirentes. Claro está que esta posible “solución” solo podría haberse llevado a cabo antes de que se ejecutase la demolición. Aun así, de ser ese el caso, descartaríamos igualmente esta posibilidad porque ya hemos aludido al supuesto de inejecución en apartados anteriores y este solo podría llevarse a cabo en los supuestos mencionados, la doctrina jurisprudencial del TS rechaza admitir este motivo.

En otra sentencia del TS de 29 de diciembre de 2010³² se establece que el tercero de buena fe podrá exigir responsabilidades indemnizatorias, entre otras, pero jamás paralizar la demolición de la obra ilegal. Esta es una sentencia clave para la historia del Derecho Urbanístico de España y con este alegato el TS pretende luchar contra la tradición de inejecución que se venía dando en España.

La responsabilidad contractual

La solución que alude a la resolución del contrato nos remite al Código Civil. Esta podría ser la solución más sencilla: adquirente y constructora resuelven el contrato por incumplimiento de una de las partes y se restaura la situación previa al contrato. El adquirente recupera su dinero y el promotor deja de tener obligaciones para con él.

Este incumplimiento se basaría en un vicio de consentimiento³³. El problema es que para poder alegar incumplimiento, en este caso, el promotor tendría que haber sido conocedor de la ilegalidad de la licencia, y esto es muy difícil de comprobar. Podríamos teorizar acerca de la posibilidad de que realmente la constructora fuese conocedora de que la licencia era ilegal desde un principio pero realmente no podríamos afirmarlo hasta que no hubiese una prueba que lo demostrase.

La responsabilidad extracontractual

Así que, realmente solo nos queda una vía: reclamar nuestra pérdida patrimonial a la Administración, puesto que es la que dictó la licencia ilegal causante de toda la problemática posterior. A tenor de esto, la Sentencia del TS de 23 de octubre de 2009 se pronuncia así: "(...) los daños que, luego de ser efectivos y evaluables en su integridad, constituyan lesión indemnizable por su carácter antijurídico han tenido directo origen o causa en el funcionamiento de los servicios públicos, sin intervención de fuerza mayor,

³¹ STS de 12 de mayo de 2006 (RJ 2006/3646) en su FJ 4º. A favor de esta, STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007/8072) y STS 6 de febrero de 2007 (RJ 2007/8557)

³² STS de 29 diciembre 2010 (RJ 2011\1066)

³³ Véase arts. 1262, 1265 y 1266 CC

y, por tanto, deben correr a cargo de las Administraciones titulares o responsables de dichos servicios (arts.139 y 140 de la Ley 30/92)³⁴.

Por tanto, los propietarios de las viviendas demolidas están legitimados para emprender una acción por la que se exija la responsabilidad patrimonial³⁵ del Ayuntamiento. Esta acción se ejercitará por vía administrativa en el plazo de un año desde que se dictó la última sentencia definitiva.³⁶

El artículo 35 de la Ley de Suelo nos habla de los supuestos indemnizatorios que pueden darse en el supuesto de incurrirse en responsabilidad patrimonial en el ámbito que esta protege. En concreto el artículo 35 d) establece derecho de indemnización para los afectados por la anulación de los títulos habilitantes de obras, a no ser que hayan incurrido estos en dolo o culpa grave.³⁷

B. ¿Establecerías alguna diferencia entre los propietarios dependiendo del momento en que adquiriesen la vivienda?

Resuelta la cuestión sobre las acciones que tienen a su disposición los propietarios del edificio, sabiendo que tienen derecho a ser indemnizados, pasaremos a analizar el distinto alcance de este derecho. Pues, situación muy diferente, era la de aquellos adquirentes que sí podían conocer el estado del edificio.

Esta cuestión es tan simple como que, solo tendrán derecho a ser indemnizados aquellos que hayan adquirido de buena fe. Pero además de la buena fe requerida para la válida transmisión de la propiedad, nos interesa ahora la buena fe entendida como el desconocimiento de las cargas o vicios de los que adolecía el inmueble. Por lo que solo gozarán de plenos derechos compensatorios aquellos adquirentes de buena fe que hayan comprado la vivienda cuando el Registro de la Propiedad aún no incluía anotación alguna acerca del proceso ilegalizador de licencia.

A tal fin, existe una figura en derecho registral llamada anotación preventiva³⁸. Con esta se permite dar conocimiento de que existe la posibilidad de que la inscripción que declara tales derechos sea inexacta al estar pendiente de juicio. Para que proceda la anotación es necesario que se ordene por providencia judicial. Tomada la anotación preventiva de demanda, si ésta prosperase en virtud de sentencia firme, se practicarán las inscripciones o cancelaciones que se ordenen en ésta.

³⁴ STS de 23 octubre 2009 (RJ 2009\7644) en su FJ 1º.

³⁵ Recogida en el Capítulo I del Título X de la LRJPAC.

³⁶ El procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración se contempla en el artículo 142 de la LRJPAC. A tenor de esto, EDUARDO PARICIO RALLO, "Responsabilidad patrimonial: jurisprudencia seleccionada" analiza la STSJ del País Vasco, núm. 543/2000, de 8 de junio (JUR 2001\36729), que enumera los requisitos necesarios para la procedencia de esta responsabilidad, basándose en las sentencias del TS de 29 de enero, 10 de febrero, 9 de marzo y 13 de octubre de 1998.

³⁷ Art.35 Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el TR de la Ley de Suelo. (BOE-A-2008-10792)

³⁸ Véase arts. 42 y ss del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

Nos explica muy bien la diferencia entre ambos tipos de adquirentes el TS en su sentencia de 23 de octubre de 2009: “El sufrimiento moral de quien se ve sorprendido por una circunstancia inopinada y sobrevenida a la adquisición de sus viviendas, que en modo alguno resultaba previsible cuando aquélla se materializó, es indudablemente indemnizable. No así el de aquellos propietarios que escrituraron con posterioridad a la Sentencia de 4 de mayo de 1994, a los cuales se la orden de demolición les ha irrogado un daño material que si bien era futuro cuando suscribieron aquéllas, era perfectamente posible y fue expresamente previsto por las partes en los sucesivos instrumentos públicos a través de los cuales se adquirieron los inmuebles y con el cual contaban cuando adquirieron sus inmuebles”.³⁹

La reflexión acerca de cuál sería el motivo que podría llevar a estos adquirentes a comprar una vivienda sobre la que pesa un juicio de ilegalidad se enmarcaría en una situación en la que por ejemplo, el propietario original, temiendo que el edificio pudiese ser demolido, decidiese vender a un precio muy inferior al de mercado y este tercer adquirente asumiese el riesgo de comprar la propiedad pensando que podría merecer la pena arriesgarse. Si finalmente no se declarase la ilegalidad de la licencia, habría salido ganando con creces, pero si, en cambio, se ordenase la demolición, habría perdido asumiendo que siempre había existido esa posibilidad.

Por otro lado, el nuevo Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado en este 2015⁴⁰, en su artículo 48 hace referencia a los supuestos indemnizatorios que pueden derivarse de la mala actuación en materia de suelo urbano, incluyendo entre ellos, en su apartado d) el derecho de los perjudicados por la anulación de un título administrativo habilitante de obra a una indemnización por parte de la Administración cuando no incurriesen estos en dolo, culpa o negligencia grave imputable a su persona. Lo que corrobora la jurisprudencia en esta materia.

Por tanto, aquellos que hubiesen comprado cuando ya había sido recogida en el Registro de la Propiedad la circunstancia relativa al proceso pendiente o a la orden de demolición del edificio no podrán tener los mismos derechos que los que desconociesen esta situación. En cualquier caso tendrán derecho a ser indemnizados, pero siempre en una cuantía menor y sin que puedan ser indemnizados por daños morales.

Podemos finalizar este apartado haciendo alusión a las medidas que la Comunidad Autónoma de Galicia decidió tomar al promulgar la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, que dedica su capítulo IV al tema de la protección de las personas usuarias y adquirentes de una vivienda, introduciendo novedades como el derecho a la publicidad y la información.

³⁹ STS de 23 octubre 2009 (RJ 2009\7644). La Sentencia de 1994 a la que se refiere el texto es la que declaró nula la licencia de obra.

⁴⁰ Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. (BOE-A-2015-11723)

En su artículo 18 dispone que para el perfeccionamiento de una compraventa de vivienda, como paso previo a la entrega de una cantidad de dinero en concepto de precio, será preceptivo que se entreguen por escrito una serie de documentos, entre ellos la licencia urbanística en virtud de la cual se aprobó la construcción de ese inmueble.

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

En los casos en los que un órgano de la Administración se ve obligado a indemnizar a un ciudadano con una determinada suma de dinero, parece lógico pensar que esa cantidad no puede salir del tesoro público.

Pues bien, sabemos que cuando un particular tiene que reclamar una indemnización por haber incurrido la Administración en responsabilidad, este tiene que dirigirse contra el órgano en general, no es necesario que formule la reclamación contra el trabajador de ese órgano que le causó el daño particularmente.

Esto es conocido como la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Se encuentra regulada en los arts. 139 y ss de la Ley 30/92 y el art. 139.1 define esta figura jurídica: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

En lo que respecta al caso hipotético de que el Ayuntamiento de Eiravedra tuviese que satisfacer alguna indemnización, podemos afirmar, tras haber examinado anteriores cuestiones del caso, este tendría que indemnizar a los propietarios de las viviendas del edificio, en caso de que esta fuese demolido; también a la constructora en el mismo caso; y, por último, responder ante el órgano jurisdiccional ya sea por responsabilidad ante el otorgamiento de licencia ilegal, y/o por inexecución de sentencia de demolición.

Pero esto no quiere decir que el responsable directo, el trabajador del órgano administrativo, no tenga el deber de responder, pues sus superiores deberán emprender acciones contra él. Aquí es donde entra en juego la responsabilidad de las autoridades y personal a su servicio, la cual configura el Capítulo II del Título X de la Ley 30/92. Los apartados primero y segundo del art.145 de esta Ley establecen que:

“1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”.

La Administración dispone de la llamada acción de regreso para exigir a su personal el reintegro de la cantidad abonada al particular afectado por su actuación dolosa o por culpa grave, en concepto de indemnización.

Para Cobo Olvera (2003) existen unos criterios para ponderar la responsabilidad: la existencia de intencionalidad, la responsabilidad profesional del agente productor del daño, a mayor nivel, mayor responsabilidad, y que haya nexo causal entre este agente y el daño⁴¹.

Pero el gran problema reside en determinar quién sería el responsable directo de esta situación. El art.13.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la LS de Galicia nos dice que: “La competencia para otorgar las licencias corresponderá a los ayuntamientos, según el procedimiento previsto en la legislación de régimen local”.

El art.21.1 q) de la LBRL dice que corresponderá al alcalde la potestad de otorgamiento de licencias, con la salvedad de que una ley sectorial pueda atribuirle expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local⁴². El art. 22.1 dice que: “El Pleno, integrado por todos los Concejales, es presidido por el Alcalde”.

Por otro lado, el art.22.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales dice que: “De los acuerdos de los órganos colegiados de las Corporaciones Locales serán responsables aquellos de sus miembros que los hubieren votado favorablemente”.

En nuestro caso parece que serían el Alcalde y, todos aquellos concejales que votaron a favor del otorgamiento de licencia, dado que su cometido era el de comprobar y asegurar la legalidad del proyecto de obra y aceptarlo, mediante el otorgamiento de licencia, si este cumplía con los requisitos.

Pero precisamente, ¿en qué se basa el Alcalde para decidir si se cumplen estos requisitos? Toda licencia necesita de los informes previos de una serie de técnicos, tal y como menciona el art.12.2 de la LOUGA⁴³.

Por tanto, aquí es donde entran otros sujetos, los encargados de elaborar estos informes. El Alcalde siempre podría alegar que se basó en que sus informes aprobaban el proyecto, para otorgar la licencia. El caso no nos menciona si estos eran favorables o no. Aunque lo fuesen, el Alcalde y demás miembros de su Gobierno conocen las leyes y tienen la cualificación necesaria para juzgar por sí mismos si un proyecto es acorde o no a la legalidad, es más, tienen el deber de conocer las leyes.

⁴¹ COBO OLVERA, T., *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad de las AAPP*, Bosch, 3ªed., Barcelona, 2003, pp. 146 y 147.

⁴² Véase también art.41.9 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

⁴³ El art.14 LOUGA desarrolla todo este proceso.

III.V. En el caso de que alguno de los hechos indicados en el caso pudiese ser constitutivo de delito:

A. ¿Qué tipos del CP considerarías aplicables?

La reforma del CP con la LO 5/2010 supone una ampliación de los delitos sobre la ordenación del territorio.

En este punto entraremos a determinar si se derivaría responsabilidad penal de alguno de los hechos relatados en el caso. La conducta de la que partimos comprendería todo el procedimiento de elaboración y posterior otorgamiento de la licencia, puesto que sería el punto de partida de toda la problemática que luego se genera. Este procedimiento se estructura en dos fases: en primer lugar, se emite el preceptivo informe técnico y jurídico del expediente de concesión de la licencia, y en segundo lugar, se procederá a conceder o denegar dicha licencia en función del informe previo, entre otros. De todas formas, también tendremos en cuenta otras conductas posteriores al otorgamiento del título en cuestión.

La base para la concurrencia de alguno de estos tipos sería la culpabilidad, que como muy bien explica la STS de 9 de octubre de 2009⁴⁴: “El elemento subjetivo de la culpabilidad, entendida esta como juicio personal de reprochabilidad dirigida al autor de un hecho típico y antijurídico, a título de dolo o negligencia, ha de estar siempre presente, de suerte que no puede darse infracción alguna, penal o administrativa sin la presencia de ese elemento elevado por la jurisprudencia a requisito esencial o pieza básica de todo sistema sancionador.”

1. Prevaricación del art.320 CP

El art.320 del CP contiene el delito de prevaricación urbanística, que dice así:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de 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”.

⁴⁴ FJ 2º de la STS de 9 de octubre de 2009 (RJ 2010/1043) en la que finalmente se decreta que la responsabilidad última del Ayuntamiento, por haber otorgado licencia, exonera de culpa al promotor que construyó contraviniendo la legislación en uso del suelo.

Este artículo constituye un tipo específico y agravado del art.404 del CP, y no hay que confundir su aplicación. Dentro de los arts. 320, 322 y 329 entran las conductas relacionadas con la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente, y en el 404 entrarían todas las demás resoluciones arbitrarias⁴⁵.

Antes de continuar, debemos conocer otro dato: si el otorgamiento de las licencias urbanísticas es competencia directa del Alcalde o es una decisión tomada en el Pleno. El art.21.1 q) de la LBRL establece que: “El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones: El otorgamiento de licencias salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local.”

El art.123 de la misma Ley no incluye dentro de las funciones atribuidas al Pleno la decisión sobre el acuerdo de otorgamiento de licencias urbanísticas. A pesar de esto, en el supuesto de hecho se habla de *acuerdo de otorgamiento de licencia*. Los acuerdos se toman por un órgano colegiado, son las resoluciones las que se toman por el órgano unipersonal. Entonces debemos entender que la licencia se otorgó en el Pleno mediante votación. Por lo que los responsables penales serían todos aquellos que votaron a favor de su otorgamiento, incluido el Alcalde.

Una vez aclarado quienes serían los responsables, analizaremos la posible conducta típica.

Por un lado, sabemos que si el Ayuntamiento no hubiese aprobado otorgar la licencia, esta no habría existido ni con ella la ilegalidad en cuestión. Por tanto existe relación causa-efecto. Esto en cuanto al tipo objetivo, el tipo subjetivo presenta mayor complejidad, porque para darse la responsabilidad penal, el sujeto responsable tendría que haber actuado dolosamente. Sería necesario demostrar que se concedió la licencia a sabiendas de que esta era contraria a derecho, por tanto, solo estaríamos ante un delito si se hubiese autorizado esta licencia de obra con conocimiento que esta iba contra el PGOM del Ayuntamiento de Eiravedra, hecho no demostrado. A pesar de esto, apreciar error en su conducta sería incluso más difícil de creer, ya que se trata de conocimientos inherentes a su cargo sobre los que no debería alegar ignorancia⁴⁶.

⁴⁵ A tenor de esto, caso de prevaricación penado en base a la cláusula general del art.404 CP lo encontramos en el conocido como “Caso derrumbe Hotel Son Moll”, SJP de Palma de Mallorca, núm. 77/2012, de 17 febrero de 2012 (ARP 2012\323). Por otro lado, el TS no aprecia el delito correspondiente al art.404 CP por considerar que no existe el plus necesario que requiere esta figura en el Auto de 6 noviembre 2012. (JUR 2012\380809).

⁴⁶ Requisitos delito prevaricación:” Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; 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; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, 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”, relatados en la SAP de Islas Baleares, núm. 314/2014, de 10 noviembre (JUR 2015\68214).

La jurisprudencia en muchas ocasiones ha venido negándose a apreciar este delito alegando que las obras derivadas de la licencia ilegal no eran suficientemente gravosas o por no estar en suelo prohibido, causas que debieran ser inadmisibles puesto que el artículo 320 se encarga solo de la propia conducta prevaricadora.

2. Prevaricación del art. 404 CP

Una vez otorgada la licencia ilegal, puede darse la situación de que el órgano otorgante quiera convertirla en legal, y para ello modifique el planeamiento.

En nuestro caso, podría llegar a apreciarse en el hecho de que el Ayuntamiento de Eiravedra decida modificar el PGOM para legalizar la licencia.

El art.404 dice que:

“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”.

Como ya hemos mencionado en este trabajo, las resoluciones administrativas deben servir al interés público y en este caso, estarían sirviendo solo a un mero interés particular. En la Sentencia del TS de 21 de octubre de 2004 se analiza dónde poner el límite entre la prevaricación y la desviación de poder de la vía administrativa, dice así: “La STS de 5-3-2003, núm. 331/2003 (RJ 2003, 2814), recuerda que «no basta, pues, con la contradicción con el derecho». 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, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente”.

La jurisprudencia suele hablar de contradicción patente y grosera, también se ha valido de los adjetivos evidente, flagrante y clamorosa...Esta es la clave para pasar de entender que estamos ante una infracción en vía administrativa como sería la desviación de poder, a un delito de prevaricación.

3. Falsedad documental

El artículo 390.1 del CP contempla del delito de falsedad en documento público, que dice así:

“Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1. ° Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2. ° Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
3. ° Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
4. ° Faltando a la verdad en la narración de los hechos”.

Podríamos apreciar este delito en el caso de que se hubiesen manipulado los informes técnicos y jurídicos preceptivos para que estos fuesen favorables al proyecto de obra en cuestión y así poder otorgar la licencia.

Si los informes hubiesen sido manipulados por el Alcalde y todos aquellos concejales que votaron a favor del acuerdo podríamos estar ante un concurso de delitos, ya que el falseamiento de estos informes se convertiría en el cauce idóneo para cometer la prevaricación. Tenemos por ejemplo el Caso Andratx⁴⁷ en el que el Jefe del Área de Urbanismo del Ayuntamiento informa favorablemente de la concesión de una licencia de obras y de cambio de uso y de actividad, conociendo que las mismas eran contrarias a las normas de planeamiento urbanístico.

También puede darse el caso de que los informes hubiesen sido manipulados por la persona que los redactó, ya sea un arquitecto, un ingeniero..., y podríamos estar ante otro concurso de delitos. Por ejemplo en esta sentencia del TS de 22 septiembre⁴⁸, por la que se condena al arquitecto municipal por delito de prevaricación y falsedad documental al informar favorablemente sobre el proyecto pese al claro incumplimiento de la normativa vigente.

4. Cohecho

El artículo 419 del CP define el delito de cohecho:

“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito”.

Si nos ponemos en la situación hipotética de que el Alcalde actuó con conocimiento de que la licencia era contraria al PGOM y entendemos que lo hizo en base a una razón oculta, ya que estaría poniendo en riesgo su puesto, esta podría tener que ver con una suma de dinero. Para apreciar la comisión de este delito tendríamos que ponernos en el

⁴⁷ SAP de Islas Baleares, núm. 75/2008, de 14 noviembre (ARP 2009\925).

⁴⁸ STS, núm. 867/2003, de 22 septiembre (RJ 2003\6477).

caso de que un particular le haya dado o vaya dar una retribución al encargado o encargados de decidir sobre el otorgamiento de la licencia a cambio de que esta fuese positiva, cuando debería ser negativa. Hacemos hincapié en esto último porque si la licencia fuese ya de por sí adecuada al ordenamiento, no mediaría el delito del artículo 419, ya que debe ser un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo.

La Sentencia del TS de 7 de febrero de 2007 nos enseña los requisitos exigidos para la apreciación de estos delitos y la diferencia entre el cohecho del art.419 y el del art.420 del CP:

"Los artículos 419 y siguientes tipifican una serie de modalidades delictivas que presentan los siguientes elementos comunes:

1. ° Como elemento subjetivo el tratarse de funcionario público. 2. ° Como elemento objetivo que el acto de que se trate guarde relación con su función o cargo. 3. ° Como acción la de solicitar o recibir dádiva o presente, u ofrecimiento o promesa en atención a su comportamiento. El otro elemento necesario varía en cada uno de los tipos y consiste precisamente en ese comportamiento ilícito, siendo en el caso del art. 419 realizar una acción u omisión constitutiva de delito, bien entendido que la consumación en el tipo delictivo de cohecho pasivo propio se produce desde el momento en que la conducta tipificada por la Ley se cumple por el sujeto, es decir, a partir del instante en que el funcionario solicite la dádiva o bien desde el momento en el que recibe o acepta el ofrecimiento o la promesa.

En el caso del 420, el acto de que se trata ha de ser injusto y no constituir delito: generalmente este acto se suele considerar equivalente a ilegal, pues lo injusto es un concepto más abstracto e indefinido y conviene referirlo a un patrón que proporcione seguridad jurídica; en este artículo hay dos incisos, por lo tanto dos formas con sus correspondientes efectos en cuanto a la pena⁴⁹.

5. Desobediencia

Ya dejando al margen la conducta relacionada con la licencia, podría derivarse también responsabilidad penal en lo que respecta a la ejecución de la orden de demolición. Puesto que, si el Ayuntamiento finalmente no la ejecutase sin razón justificada, simplemente porque se negase a hacerlo, estaríamos ante un posible supuesto de desobediencia⁵⁰.

Así lo contempla el art.410.1 del CP:

“Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las

⁴⁹FJ 16° de la STS, núm. 77/2007, de 7 febrero (RJ 2007\1921), fragmento recogido en el FJ 1ª del Caso Marbella, SAP de Málaga, núm. 586/2014, de 7 noviembre (ARP 2014\1388).

⁵⁰Véase SJP de Valladolid de 29 mayo 2015 (JUR 2015\141930), por la que se condena al Alcalde de Valladolid a trece meses de inhabilitación especial y a seis de multa por un delito de desobediencia debido a su inacción o pasividad a la hora de tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a una sentencia.

formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.”.

6. Estafa

En el caso de que el promotor engañase al adquirente sobre el estado del edificio podríamos apreciar el tipo básico de estafa del art. 248.1 del CP:

“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

No se podría apreciar estafa en el caso de que el adquirente hubiese podido conocer por otro medio su estado, ni si puede ser exigida la diligencia debida en el adquirente y, de ningún modo si este estuviese inscrito en el Registro de la Propiedad. Es decir, no existiría delito de estafa si el adquirente hubiese comprado a pesar de conocer la situación del edificio⁵¹.

B. ¿Qué consecuencias tendría esta circunstancia sobre el proceso contencioso-administrativo?

1. Principio de non bis in ídem

Se trata de un principio no contemplado como tal en nuestra CE, pero que se configuró como principio general del Derecho español de la mano de la doctrina y la jurisprudencia. Su aplicación se basa en que nadie podrá ser sancionado más de una vez por los mismos hechos si la naturaleza de la sanción es la misma.

Existen tres requisitos para su aplicación: triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. A la conducta ilícita de los funcionarios y agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, además de por la vía penal a la que estaría sometida cualquier persona, puede ser objeto de la potestad disciplinaria de la Administración. Por esto, hay que tener mucha cautela a la hora de respetar el principio de non bis in ídem.

Por otro lado, y en palabras de Úbeda, “Ninguna duda debe abarcarse respecto de la importancia que para un Estado social y democrático de Derecho tiene la tutela de la capacidad prestacional de los poderes públicos (...). Constatada la necesidad de dispensar protección a los bienes jurídicos presentes, el principio de ultima ratio obliga

⁵¹En la SAP de Málaga, núm. 180/2000, de 29 junio (ARP 2000\2691) no se aprecia estafa por entender que los clientes conocían la discutida naturaleza jurídica del bien.

a acudir a otras instancias extrapenales con carácter previo a la intervención del Derecho penal”⁵².

2. Concurrencia de la vía penal y la administrativa

El hecho de que un trabajador público cometa un ilícito penal, podrá dar lugar a dos tipos de responsabilidades: la responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad penal.

Podemos encontrarnos diversas situaciones en función de lo que se ha venido llevando a cabo por la jurisprudencia:

Por ejemplo, puede darse que se haya incoado en primer lugar el procedimiento administrativo y que, en medio de su tramitación, se conozca un hecho delictivo. En este caso, se suspenderá el procedimiento administrativo y se dará traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.

Otra posibilidad sería que se incoasen el procedimiento penal y el administrativo al mismo tiempo. En este caso, el procedimiento administrativo podría continuar pero debería suspenderse en la fase de resolución hasta que se resuelva la vía penal.

La tercera opción consistiría en que el procedimiento penal se iniciase una vez se ha resuelto la vía administrativa. En teoría esta situación nunca podría darse, pero la realidad es muy diferente. En nuestro caso, una vez dictada la resolución en vía penal, si aún no se ha hecho efectiva la sanción administrativa, no puede hacerse pagar a una persona dos veces por los mismos hechos, por lo que se anularía esta sanción y el responsable debería cumplir solo con la sentencia penal. Si el condenado ya hubiese cumplido con la sanción administrativa, deberá anularse esta y devolverle la cantidad abonada o, incluso, en el caso de que la pena interpuesta en vía penal fuese también de carácter pecuniario, restarle lo ya abonado⁵³.

Por tanto, podemos extraer como conclusión que la concurrencia de estos dos procedimientos tiene como base la primacía del procedimiento penal y sus efectos son tales como la suspensión del procedimiento administrativo, al igual que la interrupción del plazo de prescripción, y la vinculación de la vía administrativa a los hechos probados por vía penal⁵⁴.

⁵² ÚBEDA TRAJANO, FRANCISCO E., “La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales”, Portal Derecho, S.A, 1ªed., Madrid, 2006, Cap.I, p.35.

⁵³ “Si la Administración impone una sanción respecto de un hecho que después es considerado como delito y enjuiciado por los Tribunales con imposición de la pena que corresponda, ello determinará que deba dejarse sin efecto la sanción administrativa” DOMÍNGUEZ LUÍS, JOSÉ A.; FARRÉ DÍAZ, ESTEBAN, “Los delitos relativos a la ordenación del territorio” P.61, Cap.IV.

⁵⁴ Véase arts. 133 y 137.2 de la Ley 30/92 y arts. 5.1, 7, 9 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora

Finalmente añadir que, como ya hemos comentado en apartados anteriores, en el caso de fallos que ordenan la demolición de una edificación u obra, esta será compatible con las acciones en vía penal, ya que la demolición no es una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, lo que evita que se produzca un quebranto del principio de non bis in ídem.

III.VI. Si se llegase a derribar el edificio: ¿Existiría una vulneración del derecho moral del autor del arquitecto? ¿Tendría este derecho a una indemnización teniendo en cuenta que es parte del cuadro de personal de MADESA?

Para responder a esta pregunta tenemos que analizar tres aspectos relacionados con la obra y su creador.

A. Protección de la obra por el derecho de autor de la LPI

Según el artículo 10.f de la Ley de Propiedad Intelectual, se encuentran bajo la protección de esta ley, entre otros, “los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería”. No se menciona nada sobre obras arquitectónicas. Analizan esta cuestión en la Sentencia 147/2006 de la AP de Barcelona de 28 de marzo⁵⁵, sobre el Templo de la Sagrada Familia de Barcelona:

“Es cierto que la misma no encuentra, dentro de la dicción literal de aquel precepto, mención específica alguna pero ello no obsta como alega la demandada que la obra arquitectónica carezca de tutela en el seno de la LPI. Esa falta de mención expresa no priva que, como obra plástica, se extienda la protección de la propiedad intelectual cuando la obra arquitectónica goce de un grado de originalidad suficiente.”⁵⁶

Pero en este caso no había duda, el Templo de la Sagrada Familia es una obra digna de protección en el marco de la LPI, puesto que su originalidad es indiscutible. La cuestión radica en si una edificación corriente también puede llegar a gozar de esta protección. Al tratarse de una obra de rehabilitación y adecuación de un edificio de oficinas a uno de viviendas y locales, suponemos que se trata de un edificio más que en ningún momento ha llegado a alcanzar el grado de originalidad del que estamos hablando. Aun así, habría que tener en cuenta las características de la obra, si por ejemplo la rehabilitación le confiriese al edificio un aspecto innovador o se hubiese utilizado una nueva técnica jamás vista

Para analizar los siguientes apartados, supondremos que sí se trata de una obra original protegida por la LPI.

B. Derechos que se derivan de la autoría

En primer lugar vamos a suponer que la obra de rehabilitación realizada en base al proyecto del arquitecto de MADESA goza de protección como obra original. Por tanto la primera cuestión se relaciona con los derechos que nacen de la obra.

⁵⁵ FJ 7º, SAP de Barcelona, núm. 147/2006, de 28 marzo (AC 2006\1723).

⁵⁶ FJ 7º, SAP de Barcelona, núm. 147/2006, de 28 marzo (AC 2006\1723).

El arquitecto realiza un proyecto para la empresa MADESA en virtud de un contrato de trabajo. En este caso, como el enunciado nos indica, el arquitecto no es autónomo, pues forma parte del personal de la empresa, así que no ha realizado su labor en virtud de un contrato de servicios aislado. Es decir, no es una obra por encargo. El proyecto de rehabilitación diseñado por el arquitecto en cuestión tiene la consideración de “obra creada en el ámbito de una relación laboral”. El enunciado de la pregunta lo dice claramente: *teniendo en cuenta que es parte del cuadro de personal de MADESA*. Este hecho tiene relevancia a la hora de establecer a quien pertenecen los derechos de explotación de la obra, y es que el art.51.1 de la LPI nos dice que: “La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se registrará por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito”.

Por tanto, cuando no exista esa previsión expresa en el contrato, la Ley presume que estos derechos han sido cedidos en exclusiva al empleador⁵⁷. La relación entre empresario y empleado en cuanto derecho de autor se regulará por esta normativa y no por el derecho laboral. Hay que aclarar que solo regirán estas presunciones siempre y cuando la obra sea usada dentro del marco de las actividades habituales de la empresa.

En este caso, puesto que MADESA es una constructora, entendemos que las obras de rehabilitación sí se encuentran dentro de la actividad habitual de la empresa. Pero lo que nunca se podría atribuir nadie más que el autor, aunque suene redundante, es la autoría, pues autor es el que crea y eso no puede cambiarse. Con la autoría nos referimos a los derechos morales sobre la obra, tales como el derecho al reconocimiento de la condición de autor, el respeto a la integridad de la obra... Estos derechos son irrenunciables e inalienables y acompañan al autor durante toda su vida y se extienden a sus herederos o causahabientes a su fallecimiento. El empleador podrá disfrutar de la parte material de la obra, pero nunca tendrá derecho moral sobre ella⁵⁸.

La explicación de esta cesión de derechos es sencilla, el autor necesita y utiliza los medios que el empleador le proporciona, además este tendrá derecho a una participación proporcional en los ingresos que la empresa obtenga gracias a la explotación de la obra.

C. Derecho del autor a ser indemnizado por el atentado contra el carácter inviolable de la obra.

El artículo 14 de la misma ley señala que, dentro del contenido del derecho moral del autor, se encuentra el derecho de “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”.

Tomaremos como ejemplo el caso del puente Zubi Zuri creado por Calatrava. Los hechos empiezan con un encargo del Ayuntamiento de Bilbao al arquitecto Santiago Calatrava para la construcción de un puente, el Zubi Zuri. Años después se construye un

⁵⁷ En cuanto a estas presunciones, véase art.51 de la LPI

⁵⁸ Todo este contenido se encuentra recogido en la LPI.

complejo de viviendas cerca del puente y se coloca una pasarela anexa al puente, para lo que hubo que retirar parte de su balaustrada.

El arquitecto tiene el derecho a que se respete la inviolabilidad de su obra, lo que incluye cualquier alteración que puede realizarse en ella sin su consentimiento. Pero la cuestión va más allá, y es que el autor realizó este encargo siendo conocedor de que su obra iba a ser destinada a un servicio público, y como menciona el juez en la sentencia de primera instancia “el derecho a la integridad no se ha violentado porque el autor está obligado a tolerar dicha alteración en atención al servicio público que su obra atiende”⁵⁹.

Entienden que es incomprensible que no se le pidiese al mismo autor realizar dicha pasarela y que ha habido una alteración, pero esto no le da derecho a exigir una indemnización porque la pasarela fue colocada por motivos de interés público.

Aun así, es muy diferente que transformen tu obra a que la destruyan, como sigue diciendo el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao en su FJ 7º: “Otros ordenamientos jurídicos permiten la protección con el simple atentado a la integridad de la obra. El nuestro, como se aprecia, es más exigente a la hora de constatar la vulneración del derecho a la integridad de la obra, pues añade la exigencia del perjuicio del interés o menoscabo de la reputación, anudando una y otra, de modo que ha de acreditarse que el perjuicio o menoscabo es consecuencia directa del atentado a la integridad. Si se produce por otras causas, no surgirá acción que pueda fundamentarse en el art. 14.4 LPI”.

Posteriormente, el fallo del primer Tribunal fue revocado en segunda instancia por la Audiencia Provincial, que entendió que el interés público no anulaba el derecho moral del autor.

Finalmente, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial y las disposiciones de la LPI, entendemos que esta obra podría gozar de la protección del derecho moral de autor si gozase de la originalidad suficiente y que este podría tener derecho a una indemnización por parte del Ayuntamiento si derribasen su obra.

⁵⁹ SJP de Bilbao, núm. 543/2007, de 23 noviembre (AC 2007\2062), revocada posteriormente por la SAP de Vizcaya núm. 187/2009, de 10 marzo (AC 2009\225).

IV. Fuentes

IV.I. Legislación

NACIONAL

Constitución Española de 1978. (BOE-A-1978-31229)

Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial. (BOE -A-1985-12666)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE -A-1995-25444)

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE-A-1985-5392)

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (BOE-A-1992-26318)⁶⁰

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. (BOE-A-1998-16718)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE-A-2000-323)

Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. (BOE-A-2015-7046)

Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. (BOE-A-1976-11506)

Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. (BOE-A-1978-23729)

Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. (BOE-A-1978-23852)

⁶⁰ Norma derogada, con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única 2.a9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. (BOE-A-1986-33252)

Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana. (BOE-A-1992-15285)⁶¹

Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. (BOE-A-1993-20748)

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. (BOE-A-1996-8930)

Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo. (BOE-A-2008-10792)⁶²

Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. (BOE-A-2015-11723)⁶³

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE-A-1946-2453)⁶⁴

AUTONÓMICA

Ley 9/2002 de Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. (BOE-A-2003-1267)⁶⁵

Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia. (BOE-A-2012-11415)

⁶¹ Norma derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo. A su vez, esta norma, en su disposición derogatoria, derogó el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (BOE-A-1976-11506), pero la Sentencia del TC 61/1997, de 20 de marzo, (RTC 1997\61) deroga esta disposición, por lo que debe entenderse que permanece vigente.

⁶² Derogado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

⁶³ El objetivo de esta norma es el de tratar de acabar por fin con la dispersión y fraccionamiento normativo estatal en materia de suelo urbano, ya que el volumen legislativo ha sido enorme, llegando a adolecer este campo del derecho de un aire de confusión y falta de claridad.

⁶⁴ Norma con rango reglamentario.

⁶⁵ Modificada por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urgentes de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. (BOE-A-2010-11486) Esta Ley viene a derogar la antigua Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia (BOE-A-1997-9338), que por haber sido derogada el 1 de enero de 2003, podría haber sido aplicada en nuestro supuesto de hecho.

Decreto 28/1999, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley de Suelo de Galicia. (DOG-g-1999-90002)⁶⁶

⁶⁶ Norma con rango reglamentario. Reformada por la Ley 13/2015, de 24 de junio de Reforma de la Ley Hipotecaria.

IV.II. Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 26 de enero de 2009 (RTC 2009\22)

STC de 20 marzo de 1997 (RTC 1997\61)

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 11 octubre 2001. (RJ 2001\7965)

STS de 22 septiembre de 2003 (RJ 2003\6477)

STS de 15 de junio de 2004 (RJ 2004/3897)

STS de 7 febrero de 2007 (RJ 2007\1921)

STS de 24 de junio de 2008 (RJ 2008\5608)

STS de 9 octubre 2009 (RJ 2010/1043)

STS de 23 octubre 2009 (RJ 2009/7644)

STS de 17 noviembre de 2010 (RJ 2011/1)

STS de 29 diciembre 2010 (RJ 2011\1066)

STS de 6 de julio de 2012 (RJ 2012\8081)

STS de 8 abril 2013 (RJ 2013\4427)

STS de 16 de mayo de 2014 (RJ 2014/3867)

STS de 8 de julio de 2014 (RJ 2014/4020)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ de 20 de diciembre de 2001 (RJCA 2002/152)

ATSJG de 2 de abril de 2013 (JUR 2013/116020)

ATSJG de 10 de mayo de 2013 (JUR 2013/116020)

AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP de Málaga de 29 junio de 2000 (ARP 2000\2691)

SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2006 (AC 2006\1723)

SAP de Vizcaya de 10 marzo de 2009 (AC 2009\225)

SAP de Islas Baleares de 14 noviembre de 2009 (ARP 2009\925)

SAP de Málaga de 7 noviembre de 2014 (ARP 2014\1388)

SAP de Islas Baleares de 10 noviembre de 2015 (JUR 2015\68214)

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

SJM de Bilbao de 23 noviembre de 2007 (AC 2007\2062)

SJP de Palma de Mallorca de 17 febrero de 2012 (ARP 2012\323)

SJP de Valladolid de 29 mayo de 2015 (JUR 2015\141930)

IV.III. Bibliografía

MONOGRAFÍAS

ARNALDO ARCUBILLA, E., *Jurisdicción contencioso administrativa*, S.A. El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 3ªed., 2007.

COBO OLVERA, T., *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad de las AAPP*, Bosch, 3ªed., Barcelona, 2003.

DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., & FARRÉ DÍAZ, E., *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Revista General de Derecho, 1ªed., Valencia, 1998.

ESCUADERO HERRERA, M.C., *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo y sus soluciones*, Dykinson, 2005.

EYRE DE LORENZO, J. A., *La responsabilidad patrimonial de los entes locales*, Bayer Hnos. S.A., 1ªed., Barcelona, 2009.

GEIS I CARRERAS, G.: *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2009.

GÓRRIZ ROYO, E. M., *Demolición, reposición, responsabilidad civil y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: el apdo. 3º art.319 CP (conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio)*, Estudios penales y criminológicos, vol. XXX, Valencia, 2010.

PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo: doctrina y formularios*, Del Blanco Editores, (S.L.), 2003.

SÁNCHEZ ROBERT, M. J., *El delito urbanístico. Artículo 319 del Código Penal español*, Dykinson, 1ªed., 2014.

TORRES TORRES, M., *Medidas de protección de la legalidad urbanística*.

ÚBEDA TARAJANO, F. E., *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*, Portal Derecho, S.A, 1ªed., Madrid, 2006.

ARTÍCULOS

BERMEJO GRANDE, M., “Sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas con la administración pública. La sentencia del Tribunal Constitucional 167/1987, de 27 de octubre” en *Revista Jurídica De Navarra*, núm. 5, 1988.

GONZÁLEZ CUETO, T., “La ejecución de sentencias de condena a la Administración a realizar una actividad o dictar un acto”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, 2012.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., “La demolición por delitos urbanísticos a la luz del decreto 2/2012 de la Junta de Andalucía”, en *Revista Inmueble*, 2014.

SOSPEDRA NAVAS, F. J., “La ejecución de sentencias en materia de función pública”, en *Cuadernos De Derecho Local (QDL)*, núm. 26, 2011.

WEBGRAFÍA

CHAVES, J. R., *Contencioso.es*, Recuperado en mayo de 2015 de <http://contencioso.es/>

MARÍN LÓPEZ, J. J., *En los tribunales: Tender puentes entre los derechos morales y la utilidad pública*. Recuperado en abril de 2015 de http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2008/01/article_0004.html

MOLINA CABALLERO, E., *La reposición de la realidad física alterada*.

MORENO GRAU, J., *Restablecimiento de la legalidad urbanística, 2010*, Recuperado en mayo de 2015 de http://www.elderecho.com/administrativo/Restablecimiento-legalidad-urbanistica_11_187180002.html

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI), *Controversias entre la arquitectura y el derecho de autor*, 2011, Recuperado en abril de 2015 de http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2011/05/article_0004.html

PEREDA LOZANO, E., *Obras por encargo y obras creadas en una relación laboral*, 2013, Recuperado en junio de 2015 de <https://mercadoinformado.wordpress.com/2013/04/07/obras-por-encargo-y-obras-creadas-en-una-relacion-laboral/>