



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Dereito

Trabajo de
fin de grao

Ejecución de sentencias en materia de reposición de la legalidad urbanística

Autor: Julio Barreira Revilla

Tutor: Carlos A. Amoedo Souto

Grado en Derecho

Año 2015

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	5
I. Valoración de la situación del edificio rehabilitado, en particular teniendo en cuenta:	7
1. La eventual situación de “fuera de ordenación”	7
2. La modificación puntual del planeamiento posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo que permitiría su legalización.	9
a) El alcance temporal del nuevo planeamiento.	9
b) La imposibilidad legal en la ejecución de la sentencia.	10
3. La naturaleza jurídica de la demolición ordenada por sentencia del TSXG y sus repercusiones prácticas en especial en lo que tiene que ver con la aplicación del principio de proporcionalidad.	12
a) La prohibición de suspender o declarar la inejecución total o parcial del fallo y la posición de la doctrina.	12
b) El análisis jurisprudencial: un concepto teórico más restringido de imposibilidad material.	13
c) La aplicación del principio de proporcionalidad en relación con el derribo de construcciones ilegales.	14
d) La demolición de construcciones ilegales y el estado de la técnica.	15
II. Sobre la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas:.....	16
1. ¿Qué medios tienen a su disposición los jueces y tribunales del C-A para lograr la ejecución de las sentencias?.....	16
a) El ejercicio de la potestad de sustitución como medio para asegurar el fallo de la sentencia.	16
b) Las multas coercitivas	18
c) La exigencia de responsabilidad penal mediante el testimonio de particulares	19
d) La ejecución provisional	19
e) La inelegibilidad.....	20
2. ¿Cuáles piensas que se deberían emplear en el caso propuesto?	20
3. Sobre la concurrencia en el caso propuesto de causas de imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia. En caso de que, finalmente, fuese declarada la imposibilidad de ejecutar la sentencia, ¿Tendría Dña. X.M.F. derecho a ser indemnizada?	21

III. Sobre la posición jurídica de los propietarios de viviendas en el edificio afectado:	24
1. ¿Qué pretensiones se podrían ejercitar, y por qué vías, en el caso de que la sentencia fuese finalmente ejecutada?	24
a) El supuesto indemnizable en caso de ejecución.....	24
b) Las vías a través de las cuales se puede ejercitar la pretensión.....	25
c) La responsabilidad contractual y extracontractual	25
2. ¿Establecerías alguna diferencia entre los propietarios dependiendo del momento en que adquiriesen la vivienda?	26
IV. Sobre la posición jurídica de los vecinos de Eiravedra: si el Concello fuese condenado a satisfacer alguna indemnización, ¿qué acciones se podrían ejercitar para resarcir al erario municipal?	29
1. Legitimación activa de los vecinos en nombre e interés del Ayuntamiento	29
2. Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios en el ejercicio de su cargo. La acción de regreso	29
V. En caso de que alguno de los hechos indicados en el caso pudiese ser constitutivo de delito, ¿qué tipos del CP considerarías aplicables y que consecuencias tendría esta circunstancia sobre el proceso contencioso-administrativo?	32
1. Los tipos delictivos aplicables al funcionario público	32
2. Los tipos delictivos aplicables al promotor o transmitente del inmueble	35
3. La concurrencia de tipos del Código Penal con el proceso Contencioso-Administrativo	36
VI. En caso de derribarse el edificio, ¿existiría una vulneración del derecho moral de autor del arquitecto? ¿Tendría éste derecho a una indemnización teniendo en cuenta que fue parte del cuadro del personal de MADESA?	38
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	43
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	45
APÉNDICE LEGISLATIVO	47

ABREVIATURAS

ATS: Auto del Tribunal Supremo

C-A: Contencioso-Administrativo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

LBRL: Ley de Bases de Régimen Local

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LH: Ley Hipotecaria

LJCA: Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

LRJPAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOREG: Ley Orgánica del Régimen Electoral General

LOUGA: Ley de Ordenación Urbanística de Galicia

PXOM: Plan Xeral de Ordenación Municipal

RD: Real Decreto

ROF: Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TRLS: Texto Refundido de la Ley del Suelo

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

TSXG: Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Antecedentes de hecho

Primero.- Por acuerdo de fecha 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 A Fraternidade con el fin de destinarlo a viviendas e locales comerciales.

El 15 de mayo siguiente, Dña. 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 a fin de dar cobertura legal a la obra, ya terminada, de rehabilitación del edificio del número 5 de la calle A Fraternidade.

Segundo.- Por sentencia de 12 de marzo de 2005, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSXG estimó parcialmente el recurso de Dña. 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 tener los patios interiores las dimensiones mínimas y no incluirse el número mínimo de plazas de aparcamiento exigidas, en los dos 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 PXOM y a la legislación urbanística vigente, tales exigencias no serían de aplicación.

Tercero.- Dentro del plazo establecido en el artículo 89 LJCA, MADESA preparó recurso de casación ante la Sala del 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 y sometida al principio de proporcionalidad cuando, como bajo su punto de vista 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 ello, 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, no es de aplicación el principio de proporcionalidad.

Cuarto.- Desde entonces, Dña. 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 con el fin de que la Sala del C-A del TSXG 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 del C-A del TSXG 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 a respecto del fin perseguido y que, por consiguiente, concurre, un supuesto de inexecución de la sentencia por causa de imposibilidad material”.

Quinto.- Este Auto fue revocado por el TS, tras ser recurrido en casación por Dña. X.M.F. Para el alto tribunal, que la demolición pueda afectar a la estructura del edificio sólo requeriría realizar los reforzamientos necesarios lo cual, en ningún caso, impediría ejecutar la sentencia. En conclusión, el TS no considera atendibles las razones aducidas por el TSXG para declarar la sentencia materialmente inejecutable y revoca el Auto de 20 de diciembre de 2012.

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

1. La eventual situación de “fuera de ordenación”

Podría definirse esta figura como aquella actuación ya realizada que carece de un título jurídico que le otorgue la suficiente cobertura jurídica para adquirir en el mundo del Derecho un status normalizado.

Desde un punto de vista legal, el artículo 103.1 de la LOUGA establece que quedarán en situación de fuera de ordenación aquellos edificios que fueron *“erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que resultasen disconformes con el mismo quedarán sometidos al régimen de fuera de ordenación.”*, condiciones éstas que no se dan en el supuesto objeto de estudio, ya que la rehabilitación del edificio no resulta discordante con el nuevo planeamiento, sino que no cumple las condiciones exigidas en el planeamiento en vigor en el momento en que se realizaron las obras.

La jurisprudencia, por su parte considera como un segundo supuesto de fuera de ordenación, las construcciones que en el momento de su realización no respetaban el planeamiento urbanístico vigente, y sobre las cuales la Administración adoptó una postura de inactividad en el transcurso del plazo de ejecución, lo cual impide al ente público reaccionar y suspender la continuación de la actuación sin amparo jurídico y ejercitar las facultades de requerimiento de legalización y adopción de medidas de restauración del orden urbanístico vulnerado. En la LOUGA, artículo 210.1, un precepto similar alude al supuesto de fuera de ordenación por prescripción *“del plazo de 6 años sin que se hubieran adoptado las medidas de restauración de la legalidad urbanística”* para el caso de las edificaciones sin licencia, lo cual, desde una óptica estrictamente legalista, no sería aplicable a nuestro caso.

En cuanto a los efectos que de dicha situación pudieran derivarse, la STS de 6 de febrero de 1991, establece que *“tal situación implica únicamente la prohibición de las obras que podrían alargar artificialmente la vida de la edificación, que ha de subsistir dentro de lo que pudiera considerarse plazo normal de su vida natural, durante el cual la utilización de las edificaciones es perfectamente viable de suerte que resulta lícita la autorización de su uso, autorización ésta reglada y que ha de otorgarse con independencia de la calificación de fuera de ordenación que corresponda al edificio o parte correspondiente del mismo”*¹. Ello confirma lo expuesto por el artículo 103.2 de la LOUGA de Galicia, que dispone lo siguiente: *“en las construcciones y edificaciones que queden en situación de fuera de ordenación por total incompatibilidad con las determinaciones del nuevo planeamiento sólo se podrán autorizar obras de mera conservación y las necesarias para el mantenimiento del uso preexistente.”*

¹ STS de 6 de febrero de 1991 (RJ 1991/774)

Autores como Castillo Blanco (2006)², exponen que dado que se trata de una interpretación en menos del dominio, las limitaciones a las obras fuera de ordenación que *podrían alargar artificialmente la vida de la edificación*, deben realizarse de forma restrictiva, con la finalidad de que el menoscabo al derecho de propiedad reconocido constitucionalmente, no se extienda más allá de lo estrictamente necesario y razonable. Dicha consideración, aunque mantenida formalmente por la jurisprudencia, se invierte de facto con una interpretación restrictiva a la admisibilidad de obras de conservación y mantenimiento que son analizadas rigurosamente dada la situación de ilegalidad del inmueble, no sobrevenidas por el cambio de planeamiento, sino provocadas conscientemente por el sujeto infractor.

Pese a ello, la jurisprudencia no ha dudado en admitir que en estas viviendas o edificios pueden llevarse a cabo obras de que no prolonguen la vida útil del inmueble, como las de conservación y mantenimiento. De este modo, la STS de 2 de octubre de 1991, considera que la situación de fuera de ordenación, no ha de erigirse en una situación cuasipunitiva impidiendo un aprovechamiento del inmueble o degradándolo, convirtiéndolo en una expropiación sin indemnización. Indica a estos efectos, la citada sentencia que: *“por ello, el que el inmueble haya quedado fuera de ordenación, no debe convertirse en motivo cuasipunitivo supuesto que no estamos juzgando las causas que llevaron a esta situación impidiendo un aprovechamiento óptimo del inmueble, en utilización de las facultades del ius domini, si es que con ese aprovechamiento no se rebasan los límites ya apuntados, en cuanto a las obras que lo hagan posible: obras de consolidación, aumento de volumen, modernización e incremento de valor de expropiación”*.³

Dichos límites presentan ciertas excepciones, ya que la propia sentencia admite que *“son autorizables aquellas obras que, en principio, no lo serían por incrementar el mayor valor del inmueble pero respecto a las que se renuncia al mayor valor que estas pudieran tener”*. En cuanto al término “modernización” la STS de 7 de febrero de 1986 razona que *“este no puede ser interpretado de forma que conduzca al absurdo y vuelva inoperante la totalidad del precepto ya que no cabe duda de que la realización de obras tendentes a dar satisfacción a la higiene, al ornato y a la conservación de un edificio siempre vienen a representar una modernización del mismo y, en vista de ello, tal término, como concepto indeterminado, requiere una labor hermenéutica racional y prudente”*.⁴

Por su parte, la STS de 3 de mayo de 1990, lleva a cabo una marcada distinción entre las limitaciones impuestas a los edificios declarados fuera de ordenación en cuanto a las licencias de obras y las licencias de actividades, proclamando que *“no es obstáculo para otorgar una licencia de apertura el hecho de que el edificio o local en el que la actividad haya de establecerse esté fuera de ordenación [...], pues una cosa es que el edificio esté fuera de ordenación y otra muy diferente que el*

² CASTILLO BLANCO, F. A. *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin título jurídico habitante*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2006.

³ STS de 2 de octubre de 1991 (RJ 1991/7788)

⁴ STS de 7 de febrero de 1986 (RJ 1986/1420)

*inmueble no pueda utilizarse; siendo por consiguiente permisible autorizar usos en un edificio fuera de ordenación si esos usos son admisibles”.*⁵

En síntesis, la jurisprudencia, con carácter general, ha declarado como no permitidas: obras de gran envergadura aun cuando no afecten a la estructura (STS de 23 de diciembre de 1988); el aumento de volumen (STS de 3 de junio de 1996) y el cambio de uso de una edificación (STS de 21 de mayo de 1990). Por el contrario, se han permitido: las obras que se ajustan al menor ornato, higiene y seguridad, o aquellas otras que por su naturaleza son desmontables (STS de 22 de mayo de 1991) y las obras menores en general (STS de 27 de febrero de 1985).

2. La modificación puntual del planeamiento posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo que permitiría su legalización.

En el supuesto, se señala que por acuerdo de 10 de abril de 2002, el Concello de Eiravedra otorgó licencia para la rehabilitación de un edificio y que, tras la interposición del recurso por parte de Dña. X.M.F. el 5 de febrero de 2003, el Concello modificó el planeamiento a fin de dar cobertura legal a la obra ya finalizada de rehabilitación.

a) *El alcance temporal del nuevo planeamiento.*

En relación a este hecho, la STS de 8 de julio de 2014⁶, se expresa del modo siguiente: *“La entidad de la infracción de una normativa urbanística vigente en un determinado momento solamente puede ser considerada atendiendo a esa normativa, no a otra que no estaba en vigor, y por lo tanto también solo cabe tener en cuenta lo que habría que hacer conforme a esa normativa para lograr la desaparición de la ilegalidad cometida.* Asimismo, en este sentido, la STS de 28 de marzo de 2006⁷ declara que, *el planeamiento en vigor después de concederse la licencia de edificación, carece de relevancia, al no ser aquél aplicable cuando se otorgó”.* Por tanto, habría que atenerse al planeamiento vigente en el momento en el cual fue concedida la licencia, es decir, el 10 de abril de 2002.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que el enjuiciamiento que se hizo en la sentencia no es idéntico al que corresponde en la ejecución de la misma, porque la no aplicación, "ratione temporis", del Plan General de 5 de febrero de 2003 en la sentencia, luego puede ser relevante en la fase de ejecución. No olvidemos que la revisión del Plan General es de 2003, es decir, se produce años antes de dictarse la sentencia de la Sala del Contencioso-Administrativo del TSXG de 2005 que se trata de ejecutar. La citada Sentencia de 28 de marzo de 2006: *La normativa vigente en la*

⁵ STS de 3 de mayo de 1990 (RJ 1990/10024)

⁶ STS de 8 de julio de 2014 (RJ/4020)

⁷ STS de 28 de marzo de 2006 (RJ 2006/3255)

actualidad es algo a lo que habría que atenerse si se pretendiese legalizar el edificio litigioso y, tras haberlo hecho, promover un incidente de inejecución de sentencia por causa de imposibilidad legal...”

Según los peritos, ateniéndose a la normativa vigente cuando en 2002, cuando se concedió la licencia anulada, la acomodación a la legalidad exigiría la justificación del número máximo de plazas de aparcamiento que se podían establecer en el sótano, con la posible desaparición, en el peor de los casos, de algunos trasteros, y el cumplimiento en cuanto a las dimensiones del patio, que se podría lograr bien variando el uso vividero de las piezas que daban a él, bien ampliando sus dimensiones a costa de las viviendas contiguas, para lo que no sería imprescindible la demolición de pilares, como se ha resuelto en casos semejantes. Sin embargo, el cambio de normativa, especialmente en materia de habitabilidad, y la necesidad de que una nueva licencia tenga que ajustarse a la normativa vigente en el momento de su concesión, impiden que con esas actuaciones se pueda en este momento legalizar el edificio. Además, ante la mencionada posibilidad de legalización hemos de recordar que: *“El carácter excepcional de la demolición, a que alude la recurrente con base en las Sentencias de esta Sala que cita, está en relación directa con la posibilidad de legalización, pero, en este caso, ha sido la Sala sentenciadora, al resolver la impugnación de la licencia, la que ha declarado que es contraria a derecho y, por consiguiente, la ha anulado, cuya anulación comporta, según hemos indicado, la demolición de lo construido a su amparo, razones todas por las que los motivos de casación cuarto y quinto no pueden prosperar”*⁸ (STS de fecha 28 de marzo de 2006).

b) *La imposibilidad legal en la ejecución de la sentencia.*

Podríamos hallarnos en el presente caso ante la segunda excepción del artículo 105 de la LJCA⁹, es decir, la imposibilidad legal de ejecutar las sentencias, producida por la modificación posterior de un plan urbanístico. La imposibilidad legal supone un cambio en el régimen jurídico urbanístico aplicable al objeto de la sentencia, y motiva su inejecución.

⁸ STS de fecha 28 de marzo de 2006 (RJ 2006/3255)

⁹ Artículo 105 LJCA

“1. No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo.

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

Sin embargo, numerosos autores, entre los que se encuentra Martín Rebollo (2004)¹⁰, indican que *“no era nada infrecuente, en efecto, que tras una sentencia anulatoria de un acto administrativo municipal, se pretendiese legalizar a posteriori una licencia anulada por el procedimiento de modificar el Plan de urbanismo de modo que la vieja licencia quedara cubierta. Era una manera indirecta de inexecutar la sentencia primitiva”*, supuestos en los cuales sería pertinente la aplicación del artículo 103.4 de la LJCA, es decir, la nulidad de los actos dictados con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia. Así pues, la modificación no constituye una causa de imposibilidad legal si se acredita que la única intención era evitar el cumplimiento del fallo de la sentencia, tal y como lo expone la STS de 5 de abril de 2001¹¹: *“sobre el problema concreto de si una modificación de planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia anuló. [...] esa modificación no será causa de inexecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que esta no se ejecute. [...] no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización ex post facto de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo, aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquella, sino que, 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 la nueva ordenación, si se 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”*.

Acerca de la posibilidad de inexecución de la sentencia por imposibilidad legal, Geis Carreras (2013)¹² matiza que, si la modificación del acto o disposición administrativa ha tenido lugar con posterioridad al fallo, debe presumirse la voluntad de eludir el cumplimiento de la sentencia. Por el contrario, si el acto administrativo ha tenido lugar antes del fallo del juez o tribunal, a priori habría imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, debido a que la administración ha actuado con anterioridad al dictamen del fallo. De hecho, en un caso similar al aquí expuesto, en el que se modificó el planeamiento con posterioridad al recurso pero con anterioridad a la sentencia, la STS de 22 de enero de 2010¹³, afirma: *“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”*. Dichas interpretaciones no son universales, ya que han de establecerse ciertos parámetros de control con el objeto de observar el *animus* del posible infractor.

¹⁰ MARTÍN REBOLLO, L. *Leyes Administrativas*, Editorial Aranzadi 10ª ed.. Navarra, 2004.

¹¹ STS de 5 de abril de 2001 (RJ 2001/3030)

¹² GEIS I CARRERAS, G. *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2013

¹³ STS de 22 de enero de 2010¹³ (RJ 2010/3087)

Además, la jurisprudencia, opina sobre la propia naturaleza del acto anulado y su distinción con la figura de la anulabilidad, en la STS de 17 de octubre de 2007¹⁴: “Y esto es lo que ha sucedido en el caso de autos, pues el Ayuntamiento ha pretendido con el acto convalidatorio salvar de forma ilegal la anulación de ésta decretada por los tribunales, lo que significa incumplir los términos de la sentencia. Finalmente hemos dicho también, en esa misma sentencia, que la posibilidad de que la Administración convalide los actos anulables subsanando los vicios de que adolezca, deja de operar en sí misma una vez que el acto ha sido anulado jurisdiccionalmente. Esto es lógico, pues un acto anulado no es un acto anulable, sino que ya no es un acto, y no se puede convalidar lo que no es”.

3. La naturaleza jurídica de la demolición ordenada por sentencia del TSXG y sus repercusiones prácticas en especial en lo que tiene que ver con la aplicación del principio de proporcionalidad.

a) La prohibición de suspender o declarar la inejecución total o parcial del fallo y la posición de la doctrina.

La LJCA establece en su artículo 105.1 la prohibición de suspender o declarar la inejecución total o parcial del fallo: “No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo”. Acoge dicha ley, sin embargo, dos supuestos específicos que posibilitan declarar la imposibilidad material o legal de cumplir la sentencia.

Ahora bien, las excepciones establecidas en los apartados 2 y 3 del artículo 105 de la LJCA (imposibilidad legal o material en la ejecución) deberían interpretarse de un modo restrictivo en aplicación de los principios de legalidad y tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, ya que la regla general es la contenida en el artículo 105.1. En palabras de Escudero (1998)¹⁵ la imposibilidad material podría definirse como “*aquel impedimento de carácter físico que no permite ejecutar la sentencia porque el objeto de la misma ha desaparecido o se ha destruido*”, por lo tanto, la mera existencia de dificultades prácticas en la ejecución de las sentencias urbanísticas no supondría per se una excepción de imposibilidad material. Otros autores, como Pérez Gómez (2000)¹⁶ manifiestan que la imposibilidad material “*concorre si físicamente no resulta posible llevar la sentencia a efecto en sus términos estrictos*”, aludiendo de este modo, al artículo 18.2 de la LOPJ¹⁷.

¹⁴ STS de 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/328890)

¹⁵ ESCUDERO HERRERA, M.C. *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el Contencioso-Administrativo, y sus soluciones*, Dykinson, Madrid, 2005

¹⁶ PÉREZ GÓMEZ, J., *La ejecución de las resoluciones judiciales en litigios frente a las Administraciones Públicas*, Cemoi, Granada, 2003

¹⁷ Artículo 18.2 LOPJ

Determinadas posiciones doctrinales, como Gemma i Geis (2013), defienden, en relación con la imposibilidad material, que no tiene cabida real en la ejecución de las sentencias urbanísticas, debido a que el avance de la ciencia hace difícil aceptar la imposibilidad material de derribar una construcción ilegal o cumplir un determinado fallo judicial, configurándose como límites a dicha ejecución la desaparición o extinción del objeto de la ejecución de la sentencia urbanística. Otros argumentos a favor de esta tesis son el principio *pro actione* (definido por García de Enterría (1963)¹⁸ como la necesidad de una interpretación más favorable al derecho que tiene el administrado a impugnar jurisdiccionalmente un acto administrativo), que rige en el procedimiento administrativo común y en la jurisdicción contencioso-administrativa; y el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias.

b) *El análisis jurisprudencial: un concepto teórico más restringido de imposibilidad material.*

Las excepciones a toda norma general han de interpretarse restrictivamente, de acorde a lo expuesto en el anteriormente mencionado apartado 1 del artículo 105 de la LJCA.

De este modo, en la STS de 9 de julio de 2007, se propone una interpretación restrictiva de esta: *“Hemos de recordar, no obstante, el carácter evidentemente restrictivo que, por los motivos- fundamentalmente constitucionales- que luego se expondrán, se impone en esta materia relativa a la inejecución de sentencias por causas de imposibilidad material o legal.[...] el artículo 118 de la Constitución¹⁹ establece la legitimación de cumplir las sentencias firmes de los Tribunales y el artículo 103.2 de la LJCA²⁰ determina que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que éstas consignent, cumplimiento que no podrá suspenderse, ni declararse la inejecución total o parcial del fallo –art. 105.1 LJCA-. La rotunda claridad de estos preceptos pone de relieve que es principio capital y esencial de todo el sistema judicial la ejecutabilidad de las sentencias, en los*

“Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.”

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El principio de la interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento de los actos administrativos”, en *Revista Española de Administración Pública*, núm. 42, enero-abril, 1963.

¹⁹ Artículo 118 CE

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.

²⁰ Artículo 103.2 LJCA

Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignent.

términos en que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad – imposibilidad material o legal- contenidas en el artículo 105.2 de misma LJCA han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad. El Tribunal Supremo deja claro que no se trata de adaptar lo ilegal al planeamiento urbanístico, sino que el destino, natural y legalmente obligado, de lo construido con base en una licencia declarada ilegal es su demolición.”²¹ La desestimación en la STS de 26 de enero de 1999²², de la presencia de una imposibilidad material en la demolición de la reconstrucción ilegal del Teatro Romano de Sagunto asienta la interpretación restrictiva de imposibilidad material.

c) *La aplicación del principio de proporcionalidad en relación con el derribo de construcciones ilegales*

Tanto en la legislación urbanística como en la LJCA, no se encuentra una referencia expresa al principio de proporcionalidad en la ejecución de las sentencias.

Según la doctrina, el principio de proporcionalidad se aplica en el proceso judicial previo, cuando es mínima la ilegalidad, no para minimizar las consecuencias del fallo, y se hallara íntimamente ligado al grado de ilegalidad de la construcción. Geis Carreras opina que *“cuando los órganos jurisdiccionales declaran la ilegalidad de las licencias, es difícilmente asumible que pueda tener alguna vigencia este principio en la fase de ejecución”*, tal y como se desprende de la STS de 30 de junio de 2006²³: *“la inaplicación de los principios de proporcionalidad o menor derribo, dadas las dimensiones de las ilegalidades extra licencia puestas de manifiesto en la STS que se ejecuta. [...] Como hemos señalado ello es así aunque el derribo suponga una medida gravosa y suponga en sí mismo costes elevados”*. A sensu contrario, la STS de 25 de septiembre de 1997, indica que *“no procederá la demolición en los casos en que se esté ante desajustes mínimos con la normativa urbanística de la construcción ilegal”*.²⁴

Por lo tanto, debe diferenciarse la proporcionalidad entre el hecho constitutivo que trae como consecuencia las infracciones urbanísticas que están debidamente tipificadas en la legislación urbanística, y la ejecución de las sentencias. Una vez dictada la demolición, no cabe la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad. Este jugaría ex ante, nunca ex post.

Ejemplo de ello es la STS, que, con fecha 28 de marzo de 2006²⁵, dictó sentencia: *“Esta Sala del Tribunal Supremo, en contra de la referida tesis, ha declarado repetidamente que en los casos de actuaciones contrarias al*

²¹ STS de 9 de julio de 2007 (JUR 2007/236291)

²² STS de 26 de enero de 1999 (RJ 1999/357)

²³ STS de 30 de junio de 2006 (RJ 2007/2670)

²⁴ STS de 25 de septiembre de 1997 (RJCA 1997/1788)

²⁵ STS de 28 de marzo de 2006 (RJ 2006/3255)

planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad [...] En nuestra Sentencia de 3 de junio de 2003 (RJ 2003, 5035) hemos expresado también que la demolición de lo construido, al amparo de una licencia declarada ilegal, es una consecuencia natural de la nulidad de dicha licencia como medida precisa y adecuada para la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada, y en la de fecha 16 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4182) (recurso de casación 5281/1998) declaramos que toda anulación de licencia comporta el derribo de la edificación a la que sirve de cobertura.”

d) *La demolición de construcciones ilegales y el estado de la técnica*

Según indica la mayor parte de la doctrina, en la actualidad no existen razones de índole técnica que constituyan una excepción material de ejecución, garantizándose el cumplimiento de las sentencias ya sea con demoliciones totales, o bien con demoliciones parciales, como en los casos de la casa cuartel de la Guardia Civil situada en As Pontes de García Rodríguez (STS de 7 de diciembre de 2002. RJ 2002/10840), del Teatro Romano de Sagunto y del edificio Conde de Fenosa de A Coruña en la STS de 8 de julio de 2014, que se expresa en el tenor literal siguiente: *“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 , según declaramos en aquella nuestra sentencia de 28 de marzo de 2006 (RJ 2006, 3255). [...] ya que las actuaciones administrativas ilegales no pueden contar con el respaldo de los jueces y tribunales, sometidos exclusivamente al imperio de la Ley (artículo 117.1 de la Constitución) y no a criterios de oportunidad o de conveniencia coyuntural.”*²⁶

²⁶ STS de 8 de julio de 2014 (RJ/2014/4020)

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

1. ¿Qué medios tienen a su disposición los jueces y tribunales del C-A para lograr la ejecución de las sentencias?

a) *El ejercicio de la potestad de sustitución como medio para asegurar el fallo de la sentencia.*

El ejercicio de la potestad de sustitución está regulado en el artículo 108.1 de la LJCA²⁷. El límite legal a dicho poder se encuentra regulado en el mismo precepto, que deja claro que únicamente será posible si la “*sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o dictar un auto*”, sin que el juez pueda por tanto realizar una actividad distinta de la contenida en el fallo.

La doctrina no ha dudado en señalar la insuficiente concreción de medios tanto materiales como humanos para aplicar el artículo 108 de la LJCA. Así, Pérez Gómez (2000) expone: “*Pero no son muchos los medios que los órganos judiciales tienen a su disposición. Si la insuficiencia de los recursos humanos y materiales de la Administración de Justicia es denunciada con frecuencia, como una de las causas de la lentitud en la resolución de los pleitos, no es difícil colegir que, con los medios actuales, difícilmente van a poder los órganos judiciales hacerse cargo de la ejecución material de los fallos.*”

Otra cuestión controvertida sería la posible vulneración del principio de separación de poderes, resolviendo Beltrán de Felipe, que la existencia del poder de sustitución se integra como un elemento más en el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la Constitución legitima a los órganos jurisdiccionales al amparo de los artículos 117.3 y 24, sosteniendo de este modo que la discrecionalidad administrativa no constituye un límite al poder de sustitución. La discrecionalidad aparece ante las posibles fórmulas existentes para demoler, pero no ante el resultado final de la ejecución, que es la demolición.

²⁷ Artículo 108.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa

“1. Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:

a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.

b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.”.

En el artículo 108.1 de la LJCA se enumeran los instrumentos que están a favor del juez o tribunal para la sustitución. Pérez Gómez realiza una clasificación atendiendo al modo en que se llevan a cabo: ejecución sustitutoria directa por el propio tribunal o juez; ejecución sustitutoria directa con intervención del comisario; ejecución sustitutoria indirecta; ejecución subsidiaria.

Ejecución sustitutoria directa por el tribunal

Tal y como expresa el artículo 108.1 de la LJCA, “*el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento: a) Ejecutar la sentencia por sus propios medios*”, es decir, equivale a la aprobación por parte del órgano jurisdiccional de los actos que debió llevar a cabo la Administración.

En este supuesto, el juez ha de sustituir el fallo por un auto, mediante el cual se ejecutará el fallo que condena a la Administración a dictar un acto administrativo.

Ejecución sustitutoria directa con intervención del comisario judicial

El artículo 108.1 a) de la LJCA permite al juez o tribunal, en caso de incumplimiento, requerir “*la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas*”.

Aún habiendo transcurrido el plazo de ejecución voluntaria, es preceptivo ofrecer la oportunidad a la Administración de colaborar en la ejecución. De no colaborar ésta, se acudirá a una 3ª Administración en cumplimiento del artículo 118 de la CE y del artículo 103.3 de la LJCA²⁸.

Pérez Gómez (2000) entiende que el comisario de la ejecución “*es la persona física que por mandato del Tribunal encargado de la ejecución y bajo la fiscalización de éste, se encarga de la realización de cualquier actividad necesaria para el completo cumplimiento del contenido del fallo, recibiendo poderes del Tribunal a tal efecto*”. La persona que recibe el encargo será un funcionario. En este caso, el comisario actúa como mero colaborador, siendo el titular de la ejecución el juez o tribunal.

Ejecución sustitutoria indirecta

La presente modalidad se encuentra recogida en el artículo 108.1 b) de la LJCA, que permite al juez o tribunal “*adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido*”.

Pérez Gómez afirma que “*es evidente que la adopción de estas medidas indirectas pueden también requerir la colaboración de personas pertenecientes o no a la Administración condenada y que están, por la previsión contenida en*

²⁸ Artículo 103.3 LJCA: “*Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto.*”

el artículo 18 CE y artículo 17.1 LOPJ²⁹, obligadas a prestar la colaboración requerida”

Ejecución subsidiaria

Este supuesto se encuentra amparado en el artículo 108.1. b). Martín Delgado (2004) afirma que *“en este caso no es el Juez quien ejecuta, esto es, quien formal y materialmente realiza la actividad necesaria para la ejecución de la sentencia, sino un tercero por él nombrado que actúa como executor”*.³⁰ La ejecución puede llevarse a término tanto por un particular como por una Administración Pública. Por ejemplo, se podría instar a una empresa constructora a que procediese al derribo de construcciones ilegales.

b) *Las multas coercitivas*

Con la finalidad de que los órganos jurisdiccionales logren la efectividad de lo mandado, el artículo 112 a) de la LJCA establece la posibilidad de que dichos órganos puedan imponer multas coercitivas: *“Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento del Secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el Juez o la Sala podrán: a) Imponer multas coercitivas de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el artículo 148”*. El artículo 148 de la LJCA dispone que *“la multa será reiterada cada 20 días, hasta el cumplimiento de lo requerido”*.

En relación con el sujeto pasivo de la multa, Martínez de Pisón (1999) señala que *“es quien ante el órgano judicial aparece como incumplidor del requerimiento, pero puede darse el caso de que el funcionario agente se vea en la obligación de incumplir como consecuencia del cumplimiento de una orden de su superior jerárquico, o bien por la inactividad de algún órgano cuya actuación fuera necesaria para conseguir tal cumplimiento. En casos como los citados debería forzarse la interpretación de este*

²⁹ Artículo 17 LOPJ

“1. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto [...]

2. Las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes.”

³⁰ MARTÍN DELGADO, I., “La ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas en Italia”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 165, septiembre-diciembre 2004.

*precepto de modo que la multa recayera sobre el verdadero responsable del incumplimiento”.*³¹

Si dividimos el coste total de la ejecución por la cantidad máxima de imposición de la multa, la Administración tardaría 1532 años en pagar mediante multas coercitivas el coste de la ejecución.

c) *La exigencia de responsabilidad penal mediante el testimonio de particulares*

El artículo 112.b de la LJCA posibilita la exigencia de la responsabilidad penal mediante el testimonio de particulares: *“Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento del Secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el Juez o la Sala podrán: b) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.”*

Dicho mecanismo, solo es aplicable si se identifica al funcionario o cargo público o a la persona concreta que dificulta la ejecución.

d) *La ejecución provisional*

Se regula la ejecución provisional de las sentencias en el artículo 91 de la LJCA, ante la interposición del recurso de casación: *“1. La preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida. Las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional. Cuando de ésta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía para responder de aquéllos. [...] 3. El Juez o Tribunal denegará la ejecución provisional cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación.”*

En cuanto a las situaciones que se puedan dar en el apartado 3º del mencionado artículo, Tolosa Tribiño (2006) expone que la *“decisión judicial de ordenar o no la ejecución provisional dependerá de la ponderación de los intereses que concurren en cada caso, es decir, del análisis comparativo entre los perjuicios que se podrían producir en el ejecutado si posteriormente la sentencia definitiva anulara la sentencia*

³¹ MARTÍNEZ DE PISÓN, A., *La ejecución provisional de las sentencias en lo contencioso administrativo*, Civitas, Madrid, 1999.

*anterior, y los que se irrogarían al ejecutante como consecuencia del retraso en la ejecución de la sentencia”.*³²

En todo caso, al amparo del artículo 91.3 de la LJCA, si la ejecución provisional puede causar graves perjuicios económicos o crear situaciones irreversibles, se denegará su ejecución.

e) *La inelegibilidad*

El artículo 6.2 de la LOREG, en su apartado b), manifiesta que son inelegibles: “*Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión [...] contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.*” Además, el artículo 177.2 de esta ley hace referencia al supuesto específico de Alcaldes o Concejales, ya que estipula que son inelegibles para dichos cargos, quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de esta Ley.

La pena de inhabilitación especial en este supuesto, se incardinaría en el artículo 410 del Código Penal, en el delito de desobediencia, el cual establece inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de 6 meses a 2 años.

2. ¿Cuáles piensas que se deberían emplear en el caso propuesto?

Revisando el artículo 108.1 de la LJCA, se observa que tanto la ejecución sustitutoria directa con intervención del comisario, como la ejecución sustitutoria indirecta y la ejecución subsidiaria se muestran como medios idóneos de los jueces y tribunales del Contencioso-Administrativo para lograr la ejecución de las sentencias.

La ejecución sustitutoria directa por el propio tribunal o juez, devendría ciertamente ineficaz, ya que está referida a la aprobación de actos que debió llevar a cabo la Administración, no a la ejecución de sentencias de hacer, que en el presente supuesto constituiría el derribo de un edificio.

En cuanto a la ejecución sustitutoria directa con intervención del comisario, sería una medida apropiada, ya que otorga la oportunidad a la Administración llamada a ejecutar la sentencia de llevar a cabo la ejecución por sus propios medios, acudiendo subsidiariamente a otra Administración, continuando la ejecución de la sentencia bajo la fiscalización del ente público, con lo que se reducirían notablemente los conflictos de intereses que pudiesen surgir con la mediación de una figura privada.

³² TOLOSA TRIBIÑO, C., “El incidente de ejecución de sentencias: aspectos procesales”, en *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*. IV Curso sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, Aranzadi, Navarra, 2006.

Por su parte, la ejecución sustitutoria indirecta y la ejecución subsidiaria muestran un gran abanico de posibilidades en cuanto aluden al término jurídico indeterminado “*por cualquier medio*”. Consideraría adecuado dichos procedimientos en el caso de mostrarse ineficaz la ejecución sustitutoria directa, ya que en cierto modo se desnaturalizaría el acto ejecutorio, siendo finalmente realizado por ente distinto a la Administración.

En lo referente a las medidas de presión que cabrían llevar a cabo en el presente supuesto, las multas coercitivas, se muestran ineficaces si se determina la comparación entre su cuantía y los costos que conllevaría la demolición; por el contrario, tanto las causas de inelegibilidad como la exigencia de responsabilidad penal mediante el testimonio de los particulares -en el caso de identificar a la persona física concreta que dificulta la ejecución-, serían opciones a considerar.

Por último, la realización de la ejecución provisional sería ciertamente dificultosa debido a las enormes cuantías que deberían abonarse como cautela para el caso de la revocación de la ejecución.

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

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

Asimismo, el artículo 219 de la LOUGA, dicta: “*aquellos que, como consecuencia de una infracción urbanística, sufriesen daños o perjuicios podrán exigir de cualquiera de los infractores, con carácter solidario, el resarcimiento y la indemnización.*” Del tenor literal del artículo, parece desprenderse que no será perceptor de dicha indemnización aquel en que no concurra un daño directo a consecuencia de la infracción urbanística.

En primer lugar, si nos encontramos ante el supuesto de imposibilidad material o legal de ejecución de una sentencia, primeramente ha de plantearse el incidente de inejecución, tal y como señala el ATS de 6 de abril de 1992: “*si verdaderamente concurre una causa de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, resulta necesario plantear y resolver el incidente de inejecución, única forma de poder*

determinar (en su caso) la indemnización que sea pertinente a favor de la parte que obtuvo la sentencia favorable".³³

Sin embargo, el artículo 31.2 de la LJCA, establece que el demandante *“podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.”* Por ello, tal indemnización no parece que tenga sentido en todos los casos, ya que habrá supuestos en que la legalidad urbanística perjudique de manera directa a un sujeto concreto, como pudiera ser el propietario de un inmueble colindante, pero cuando el perjuicio afecte únicamente al interés general, no parece fácil articular tal indemnización.

La STS de 24 de enero de 2007 confirma que no toda sentencia inejecutada por causa legal o material, conlleva una sanción. Mas al contrario, ha de darse una situación jurídica individualizada:

“no resulta de recibo que, necesariamente, toda sentencia inejecutada, por causa legal o material, deba llevar implícita una indemnización de daños y perjuicios, ya que los mismos, en este caso –y en cualquier otro supuesto de pretensión indemnizatoria–, han de depender de su real y efectiva existencia y de su acreditación ante el órgano jurisdiccional; sin que en este supuesto del artículo 105.2 de la LJCA pueda sostenerse que, necesariamente y siempre, los perjuicios surgen por ministerio de la Ley, quedando la decisión jurisdiccional limitada y constreñida a la cuantificación de los mismos.

Y es que lo pretendido no solo ponía de manifiesto que no se trataba de una indemnización, sino, lo que es más importante, que los perjuicios de los que la misma podían derivar en modo alguno existían en el círculo de intereses – materiales o morales– de los recurrentes.

No deja de ser significativo que si bien el artículo 18.2 de la LOPJ de 1985, genérico y anterior en el tiempo, se refiere a la indemnización para estos supuestos «en todo caso», sin embargo, el posterior 105.2 de la LJCA, se refiere al mismo supuesto, para este orden jurisdiccional, señalando su procedencia solo «en su caso»; expresión de la que ya nos hemos ocupado en la STS de 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2479) en la que se decía que:

« La ejecución es posible en aquellos casos en que, simultáneamente con la declaración de nulidad o anulabilidad del acto, se produce el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y sea preciso adoptar las medidas legales necesarias para que ese reconocimiento resulte efectivo, o las indemnizaciones sustitutorias pertinentes en el caso de que no fuese material o legalmente posible efectivizar el reconocimiento; y a esa misma conclusión hemos de llegar (Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2001 [RJ 2002, 454]) cuando la efectivización del fallo requiera una actividad ejecutiva de cualquier clase que sea. ”³⁴

³³ ATS de 6 de abril de 1992 (RJ 1992/2630)

³⁴ STS de 24 de enero de 2007 (RJ 2007/5383)

Del mismo modo, tampoco serían reclamables las costas que ha ocasionado el proceso, ya que, tal y como dicta la STS de 2 de octubre de 2007, *“los honorarios de Abogados y Procuradores, tienen su propio régimen a virtud de la condena en costas que regula la ley, cual esta Sala reiteradamente ha declarado.”*³⁵

En cuanto al momento procesal en que debe llevarse a cabo la pretensión de la indemnización, cabría la posibilidad de ejercitarla, bien en el momento del incidente en que se dirime si concurren o no las causas de imposibilidad material o legal, o bien, una vez determinada ésta, tramitar otro incidente a continuación con el fin de esclarecer la existencia o no de perjuicios, según viene expresado en la STS de 24 de enero de 2007 anteriormente mencionada: *“ni de la letra ni del espíritu del citado artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional se deduce tal imposibilidad sino todo lo contrario, de manera que el hecho de señalarse, en ocasiones, tal indemnización en el propio incidente abierto a instancia de la Administración obligada a ejecutar la sentencia, no supone que así deba ser, pues tramitado el procedimiento en la forma prevista por el indicado precepto, el mismo puede terminar con la declaración de inejecutabilidad de la sentencia meramente, para, después, tramitar el que permita fijar los perjuicios causados por ello, como en este caso se procedió con toda corrección por el Tribunal a quo a petición de los perjudicados. Por ello, debemos concluir señalando que ambas posibilidades resultan posibles desde la perspectiva del artículo 105.2 LJCA (RCL 1998, 1741)”*.

³⁵ STS de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7734)

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

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

a) *El supuesto indemnizable en caso de ejecución*

Como norma general, del ejercicio de la facultad administrativa de reintegración de la legalidad urbanística que conlleva la demolición, no deriva indemnización, debido a que para quien la sufre es un deber que tiene la obligación de soportar a consecuencia de la ejecución de obras sin licencia o incumpliendo sus determinaciones. No concurre por tanto lo previsto en el artículo 141.1 de la LRJPAC: “*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”, para que la demolición se constituya en lesión proveniente de daños que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar.

Sin embargo, este precepto general podría no ser aplicable si la demolición viene requerida por la anulación de una licencia por haberse detectado una infracción urbanística grave y manifiesta, acorde con lo expuesto en el artículo 35 d) de la TRLS³⁶ y al principio constitucional consagrado en el artículo 106.2 de la CE³⁷, aunque podría exonerar de esta obligación de responder, la existencia de dolo, culpa o negligencia graves imputadas al perjudicado.

En este caso concreto, Álvarez Prieto (2001) expone que “*la restauración de la legalidad exige la destrucción de un título jurídico emitido por la propia Administración, a causa de un vicio o defecto que eventualmente será imputable a ella misma, por lo que resultan aquí aplicables las normas sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Publicas, contenidas en los artículos 139 a 143 de la LRJPAC*”. La simple anulación de un acto, no presupone derecho alguno a la indemnización (art. 142.4 LRJPAC). Será procedente la indemnización si de acorde a lo expuesto en el artículo 139.2 LRJPAC existe un daño efectivo, individualizable y económicamente evaluable.

³⁶ Artículo 35 d) TRLS

“*Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: [...] d) La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.*”

³⁷ Artículo 106.2 CE

“*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos.*”

b) *Las vías a través de las cuales se puede ejercitar la pretensión*

La jurisprudencia contencioso-administrativa proclama la indemnidad y consiguiente ejecutabilidad de las Sentencias de demolición reenviando al titular a los oportunos procedimientos de reclamación civiles o administrativos, contra su transmitente o contra las Administraciones causantes de su perjuicio.

La LRJPAC, establece, en su artículo 120.1 que *“La reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública”*. Además, el artículo 121.1 aclara que *“Si planteada una reclamación ante las Administraciones Públicas, ésta no ha sido resuelta y no ha transcurrido el plazo en que deba entenderse desestimada, no podrá deducirse la misma pretensión ante la jurisdicción correspondiente”*. Por ello, mientras la reclamación administrativa previa no se resuelva desestimatoriamente, ya sea por acto expreso o presunto, no es posible acudir al órgano jurisdiccional competente para resolver el conflicto. Esto mismo se desprende del artículo 403.3 de la LEC.

La LJCA en su artículo 1º dispone que *“los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo”*, clarificando a continuación en su artículo 2º e) que el orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: *“la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”*

c) *La responsabilidad contractual y extracontractual*

Será necesario distinguir entre dos clases de relaciones: las contractuales, es decir, la responsabilidad del promotor en el marco del contrato de compraventa; y las relaciones extra contractuales, es decir, la responsabilidad patrimonial de la Administración que ha concedido una licencia ilegal, de acuerdo a lo expuesto por la Sala 3ª del TS en repetidas ocasiones, según la cual: *“la protección civil del adquirente frente a la demolición vendría dada básicamente por la resolución de su contrato de compraventa y por el resarcimiento de daños y perjuicios por parte del responsable de la infracción urbanística.”*

En lo referente a la responsabilidad contractual del transmitente, generalmente el promotor de la edificación, podrían ejercitarse conjuntamente frente a él la acción de resolución del contrato y la indemnización de los daños y perjuicios. La demolición del inmueble adquirido por existir una ilegalidad urbanística supone, para el adquirente, la frustración del fin del contrato, lo que justifica el ejercicio de la acción de

incumplimiento del artículo 1101 CC³⁸ y la resolución del contrato del art. 1124 CC³⁹, de acuerdo con lo señalado en la STS (Sala 1ª) de 22 de marzo de 1984). Pero para que prosperen estas acciones es necesario que el promotor sea consciente de la ilegalidad urbanística, hecho éste difícil de probar por el adquirente, ya en que la Administración ha concedido una licencia que posteriormente se declara ilegal, aún cuando el promotor pudiera tener conocimiento realmente de la infracción urbanística. Además, comportaría la restitución de las prestaciones, y difícilmente podrá el comprador restituir la construcción que ha sido derribada -recordemos que sólo puede ejercitar la acción civil cuando el daño ya se ha producido, es decir, tras la efectiva demolición-.

En todo caso, habrá una responsabilidad patrimonial de la Administración, y cabría la posibilidad asimismo de que sean responsables el promotor e incluso un transmitente distinto de éste si conocían o tenían motivos suficientes para conocer la ilegalidad de la licencia y no lo manifestaron. Además, la necesidad de acreditar la culpa en las acciones contractuales y extracontractuales dificulta aún más el éxito de la pretensión. Y si fueran responsables la Administración autonómica y el Ayuntamiento, la responsabilidad de ambas habrá de ser solidaria cuando no se pueda determinar la participación de cada una de ellas en la producción del daño, tal y como se deriva del art. 140.2 de la Ley 30/1992.

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

La anotación cautelar de la demanda y su incidencia frente a los propietarios

Las medidas cautelares de los procedimientos contenciosos de revisión de la actividad administrativa de contenido urbanístico, han de reflejarse en las anotaciones preventivas ordenadas en proceso contencioso-administrativo a que hacen referencia los arts. 67 y siguientes del RD 1093/1997 en relación con el artículo 130 de la LJCA⁴⁰, el cual pretende evitar a través de la anotación preventiva, la eventual aparición de terceros protegidos por la fe pública. En realidad, el elemento distorsionador del sistema es la presunción de legalidad de los actos administrativos expuestos en el artículo 57

³⁸ Artículo 1101 CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”

³⁹ Artículo 1124 CC: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.”

⁴⁰ Artículo 130 LJCA: “Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.”

LRJPAC⁴¹, que provoca que las licencias accedan fácilmente al Registro de la Propiedad antes de adquirir firmeza.

En este sentido, el artículo 34 LH cita literalmente: *“El tercero que de buena fe adquiera 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”*, con lo cual podría llegar a determinarse la pérdida de eficacia de una sentencia. Los pronunciamientos de la Sala 3ª del TS acerca de la protección derivada del art. 34 LH se ponen de manifiesto en la STS de 12 de mayo de 2006, en la cual se refuta la posibilidad de inaplicar la sentencia con ocasión del mencionado artículo: *“Los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, 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 deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 25.1 de la Ley 6/1998”*

Frente al supuesto adquirente de buena fe, hemos de atender a lo expuesto en el artículo 35 d) de la TRLS para el caso de que el propietario adquiriese la vivienda y estuviese inscrita en el registro la anotación preventiva por interposición de recurso contencioso-administrativo. Este artículo establece que dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de *“la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente”*, excluye tal indemnización en los casos en que *“existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado”*. No parece, en estos casos, que pueda exigir responsabilidad, pues fue su propio actuar negligente el que le ha llevado a esta situación. La STS de 6 de Junio de 2011 se pronuncia del siguiente modo: *“solo son resarcibles los daños de los propietarios que adquirieron sus viviendas con anterioridad a que fuere anulada por sentencia la licencia de obras que ampara aquellas al reputarlos ajenos a la controversia judicial”*.⁴²

En definitiva, dicho supuesto indemnizatorio ha de encontrarse en la idea de responsabilidad patrimonial derivada de la defraudación de la confianza legítima

⁴¹ Artículo 57 LRJPAC: *“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.”*

⁴² La STS de 6 de Junio de 2011 (RJ 2011/5057)

generada en el administrado por el otorgamiento de un acto administrativo favorable. Así, el sujeto que desconocía la existencia de vicios determinantes ha podido llevar a cabo actos de disposición, al haber confiado en la validez del instrumento, debiendo indemnizarse el coste económico de la inversión realizada. Por tanto, podrán exigir responsabilidad patrimonial a la Administración los propietarios inscritos con anterioridad a la anotación preventiva que hayan actuado de buena fe.

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

1. Legitimación activa de los vecinos en nombre e interés del Ayuntamiento

La LBRL, que da pie a la vía administrativa, expone en su artículo 68 que: “1. Las entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos. 2. Cualquier vecino [...] podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Además, si en el plazo correspondiente ésta “no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la entidad local.”. En términos similares se expresa el artículo 220 del ROF.

Respecto a tal legitimación la STS de 14 de mayo de 2001 señala “que mientras los artículos 68 de la LBRL y 220 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, se refieren sólo a los vecinos que se hallaran en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, como personas legitimadas, primero, para requerir a la Entidad local para que ejercite las acciones necesarias en defensa de sus bienes y derechos, y, luego, para ejercitar ellas mismas, por sustitución dichas acciones, con derecho, en caso de prosperar las acciones, al reembolso por la Entidad de las costas procesales y la indemnización de cuantos daños y perjuicios se hubieran seguido, la sentencia recurrida extiende tal legitimación a cualquier persona; esto es, aunque no tenga la condición de vecino por no estar inscrita en el correspondiente padrón municipal ni habitar en el término municipal del Ayuntamiento de que se trata.”⁴³

Asimismo, el artículo 19 de la LJCA, otorga legitimación activa ante el órgano contencioso-administrativo a grupos que “resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.”

2. Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios en el ejercicio de su cargo. La acción de regreso

El artículo 145.1 de la LRJPAC, ordena a los particulares a exigir “directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.”. Posteriormente, dicha Administración, ejercerá la acción de regreso contra sus autoridades y funcionarios, tal y como lo expresa el punto 3º del presente artículo: “Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento [La Administración

⁴³ (STS 14 de mayo de 2001, RJ 2001/4254)

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] *a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.*”

Los apartados 4º y 5º de este artículo, disponen que la resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa, continuando si procede el proceso ante los Tribunales competentes.

De este modo, la mencionada STS de 14 de mayo de 2001, pone énfasis en el carácter imperativo de la acción de regreso por parte de la Administración: *“La doctrina administrativa se ha mostrado favorable a la aplicación del art. 145.2 LRJPAC, que habilita a la aplicación de la acción de regreso, a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. Ello por cuanto las indemnizaciones efectivamente abonadas por la Administración se cargan o imputan a un presupuesto público, y porque la responsabilidad de los agentes públicos cumple una finalidad preventiva y de control al exigir tomar precauciones dirigidas a prevenir daños. Pero en todo caso porque el art. 145.2 LRJPAC, desde su reforma realizada por la Ley 4/1999 (RCL 1999, 114, 329) ha convertido la exigencia de la acción de regreso en imperativa cambiando el término "podrá" por el de "exigirá de oficio", y la Administración en su actuar ha de someterse plenamente "a la ley y al Derecho", según determina el art. 103.1 CE.”*

Esta misma sentencia establece los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 145: *“Para que pueda ser aplicable el artículo 145.2 LAP se exige que se haya producido un daño, bien que afecte a terceros causado por un agente público autoridad o personal a su servicio, o bien que sea un daño a los bienes públicos; que la Administración haya indemnizado a los terceros o si es un daño propio que haya corrido con la reparación; y que exista dolo, culpa o negligencia grave en el actuar del sujeto responsable [...] exigiendo para que se de el dolo, el elemento intelectual, es decir, que el actor posea un conocimiento cabal de la ilegalidad, y otro volitivo, en el sentido de querer tal ilegalidad. En cambio, la culpa exigida para que pueda ejercitarse la acción de regreso ha de ser grave, en ella el actor conoce que puede darse la situación de ilegalidad pero cree que de ésta no se producirá ningún daño para la Administración. Se trata en el precepto legal de culpa grave de una culpa consciente, no de una simple imprudencia o culpa leve.”*

Específicamente para la Administración Local el artículo 78 de la LBRL⁴⁴, también contempla en su apartado 3 la posibilidad de las Corporaciones Locales de

⁴⁴ Artículo 78:

“1. Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable.

2. Son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente.

exigir la responsabilidad de sus miembros, cuando el daño sea causado por dolo o culpa grave.

Explícitamente, el artículo 19 del RD 429/1993 explica que *“Los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y el personal a su servicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 145 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Satisfecha la indemnización, la Administración correspondiente podrá exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento regulado en el artículo 21 de este Reglamento.”*

El artículo 60 del Real Decreto Legislativo 781/1986, confirma que en el caso de determinarse la responsabilidad anteriormente mencionada en el artículo 145 de la LRJPAC: *“Las autoridades y funcionarios de cualquier orden que, por dolo o culpa o negligencia, adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones legales, estarán obligados a indemnizar a la Corporación Local los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquéllos con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder.”*

3. *Las Corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla.”*

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

1. Los tipos delictivos aplicables al funcionario público

Artículo 410.1 C.P.

En el mencionado artículo se hace referencia al delito de desobediencia: *“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 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.”*

Dicho precepto sería de aplicación en el hipotético caso de que se hubiese determinado la demolición del edificio con cargo a la Administración por parte del Tribunal Contencioso-Administrativo, y esta no se hubiese llevado a cabo.

El artículo 112 de la LJCA establece, que *“ transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento del Secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el Juez o la Sala podrán [...] b) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder”*. Dicho apercibimiento sería necesario de cara a la posterior formulación de alegaciones.

En lo referente al retraso en el cumplimiento, éste ha de persistir durante un periodo de tiempo prudencial de cara a confirmar el supuesto de hecho del tipo delictivo. La SAP de Soria de 18 de julio de 2011 , dice: *“el retraso de dos meses, desde el pronunciamiento del auto, o de un mes desde el requerimiento practicado por el Juzgado de Instrucción de Daroca, puede estimarse como dilación irregular e indebida, pero no como actitud de recalcitrante y obstinada resistencia al cumplimiento de la orden...”*⁴⁵

Esta última sentencia establece que el delito de desobediencia, está integrado por un elemento objetivo cuya descripción consiste en la negativa, por parte de las autoridades o funcionarios públicos, *“abiertamente”* a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, al que hay que añadir el requisito subjetivo de la intencionalidad o dolo por parte de las personas inculpadas. En cuanto al elemento objetivo: *“no comporta la producción de un resultado material, y por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la mera omisión o pasividad propia de quien se niegue a ejecutar una orden legítima dictada dentro del marco competencial de su autor [...]”*. Centrándonos en el elemento subjetivo: *“ha de abarcar tanto la*

⁴⁵ SAP de Soria de 18 de julio de 2011 (JUR/2011/308484)

manifestación explícita y contundente contra la orden como la adopción de una actitud reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a lo mandado, debiendo predicarse el adverbio abiertamente tanto de un supuesto como de otro. Su empleo por el Legislador equivale, también según el sentido mayoritario de la doctrina y la Jurisprudencia, a la exclusión de la comisión culposa en el sentido de que el delito sólo admite la dolosa, exigiéndose por ello que la oposición se exprese de manera clara y terminante, sin que pueda confundirse nunca con la omisión que puede proceder de error o mala inteligencia, exigiéndose por ello la intención de no cumplirse [...] en el sentido de prever la existencia de un apercebimiento previo, porque este delito no admite la versión imprudente o de culpabilidad culposa”

En cuanto a la aplicación del presente artículo, “no siempre que una sentencia o resolución judicial resulte incumplida por el obligado a ello, nos encontraremos ante un ilícito penal [...] pues para el caso de que una resolución no sea cumplida de forma voluntaria, la Ley prevé medidas de ejecución forzosa, antes de que tal incumplimiento pueda considerarse constitutivo de delito.” como así lo establece el artículo 108 de la LJCA y de acuerdo con el principio de intervención mínima y principio de aplicación restrictiva de las normas penales.

Artículo 320 C.P.

Merece especial atención el delito de prevaricación –en lo referente al otorgamiento de la licencia- previsto en el artículo 320 del Código Penal: “1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente [...] la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, [...] 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.”

Los requisitos para su apreciación se condensan en la STS de 4 de junio de 2012⁴⁶:

De acuerdo con el principio de intervención mínima, no toda infracción de la legalidad administrativa sería constitutiva de este delito sino que es necesario el elemento añadido de la injusticia del acto que ha de apreciarse tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Han de consistir en infracciones palmarias, manifiestas y evidentes para quien las comete, siendo necesario cuantificar estos adjetivos con arreglo a la cultura, conocimientos o posibles asesoramientos que posea o pueda poseer el sujeto activo de la acción. Por tanto, la jurisprudencia exige un plus de contrariedad con respecto a la norma, esto es, que la ilegalidad fuera evidente, patente, flagrante y clamorosa (SSTS 20 de abril de 1995, 1 de enero de 1996, 23 de abril de 1997), es decir para considerar que se ha incurrido en el tipo se asocia, la injusticia notoria de la resolución con la idea de arbitrariedad, tal y como lo expone la STS de 23 de mayo de

⁴⁶ STS de 4 de junio de 2012 (RJ 2012/7514)

1998: “no puede tratarse de una cuestión sujeta a interpretación doctrinal o jurisprudencial, pues en tales casos desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en la vía correspondiente y nunca en la penal”.

El presente delito, tiene naturaleza de delicta propia, en cuanto solo puede ser cometido por un círculo concreto de personas que reúnan la condición de funcionario público según se establece en el artículo 24.2 del Código Penal. Además, el sujeto ha de ostentar facultades decisorias, incluyéndose por delegación.

La comisión de este delito solo puede llevarse a cabo mediante una actuación positiva, no siendo posible la comisión por omisión, ya que el precepto emplea el vocablo “dictarse”.

El funcionario ha de obrar “a sabiendas” de lo injusto, lo que entraña dolo en el sentido de que el sujeto ha de tener una clara consciencia de la arbitrariedad, dolo o intención que ha de probarse, como elemento subjetivo del tipo, más allá de toda duda razonable, no siendo posible en este caso el dolo eventual precisamente por la expresión “a sabiendas”.

Artículo 419 C.P.

Este artículo alude al delito tipificado como cohecho y son del tenor literal siguiente: **Artículo 419:** “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 [...]”.

Artículos 390 y 391 C.P.

Los mencionados preceptos aluden al delito tipificado como falsedad documental y son del tenor literal siguiente: **Artículo 390:** “1. 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.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad”... **Artículo 391:** “La autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades [...]”.

En cuanto al posible concurso de la falsedad en documento público con la prevaricación, la STS de 22 de septiembre de 2003, estipula “La total comprensión del desvalor de la acción sólo se alcanza mediante el concurso del delito de prevaricación y el de falsedad en documento público, cuando ésta se comete por una autoridad o funcionario, relación de concurso ideal como estima la Audiencia que aplica el artículo 77 CP. En efecto, no existe absorción de la falsedad por la prevaricación, concurso de leyes, por cuanto se trata de la infracción de dos bienes jurídicos distintos. El delito de

prevaricación se conecta con los artículos 9.1 y 3, 103 y 106 CE, principios de legalidad, objetividad e imparcialidad, cuya defensa constituye el bien jurídico protegido por el delito, es decir, el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al derecho, mientras que el delito de falsedad tiene como objeto la protección de la seguridad del tráfico jurídico, la fe pública depositada en el valor probatorio de los documentos. El funcionario público tiene un deber específico de fidelidad independientemente de que su infracción coopere o no a un delito de prevaricación”; indicando asimismo dicho Tribunal respecto al delito de falsedad documental que *“podía suscitar dudas siempre y cuando se trate de un problema de interpretación de la norma que alcance cierto grado de complejidad, no cuando sea evidente su sentido y el informe tenga como propósito alterar un hecho”*.⁴⁷

2. Los tipos delictivos aplicables al promotor o transmitente del inmueble

Artículo 248.1 del C.P.

Podríamos hallarnos ante el delito de estafa en el caso de que el promotor -o cualquier otro transmitente- en el caso de que éste no informe al adquirente de la situación en la que se encuentra el inmueble. Ello a pesar de la anotación preventiva que ha de realizarse en el Registro, cuya consulta es pública, tal y como la establece la STS de 8 de noviembre de 2004: *“Hubo una circunstancia de singular relevancia que los vendedores ocultaron a los compradores: el mencionado exceso de edificación respecto del cual el ayuntamiento había ordenado o estaba en trámite de ordenar la correspondiente demolición. Es claro que, si se querían vender estos pisos en tales circunstancias, los transmitentes tenían el deber de poner este importante dato en conocimiento de los compradores. La infracción de este deber mediante la enajenación ocultando a los adquirentes tan relevante extremo fue una maniobra falsaria que constituye el «engaño» propio del delito de estafa, que debe reputarse «bastante», pues es claro que los compradores no habrían contratado, o lo habrían hecho a precio muy inferior, de haber conocido la verdad de los hechos. Fue precisamente esa ocultación engañosa causa del error de cada uno de los adquirentes que dispusieron respectivamente de 10, 12 y 21 millones de pesetas en favor de los condenados en la instancia y en perjuicio propio, todo ello con evidente ánimo de lucro.”*⁴⁸

Así, el artículo 248.1 C.P. estipula que: *“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.”* Además, el artículo 250.1 agrava la pena en el caso de una vivienda: *“El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: 1. ° Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.”*

⁴⁷ STS de 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6477)

⁴⁸ STS de 8 de noviembre de 2004 (RJ 2004/ 7615)

3. La concurrencia de tipos del Código Penal con el proceso Contencioso-Administrativo

El artículo 146.2 de la LRJPAC, proscribe que la *“exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.”*

Por tanto, según dicta la STSJ de Murcia, de 30 de diciembre de 2011, la acción de responsabilidad patrimonial sólo puede ejercitarse desde el momento en que el proceso penal fija los hechos o la responsabilidad subsidiaria de la Administración: *“el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos --que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal del principio de «actio nata» (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad--, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la LRJPAC”.*⁴⁹

En efecto, la adecuada interpretación de este precepto legal exige considerar que la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados en el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que se llevara a cabo por medio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El artículo 121 del Código Penal expresa: *“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria (...), lo cual proclama sin ambages la responsabilidad subsidiaria de la Administración.*

Por ello parece imponerse la interpretación de que cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de

⁴⁹ STSJ de Murcia, de 30 de diciembre de 2011 (RJCA 2011/206)

interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal, incidiendo directamente este hecho sobre el proceso contencioso-administrativo.

VI. En caso de derribarse el edificio, ¿existiría una vulneración del derecho moral de autor del arquitecto? ¿Tendría éste derecho a una indemnización teniendo en cuenta que fue parte del cuadro del personal de MADESA?

En este caso no se daría tal vulneración del derecho legal de autor y, por tanto, se deshecha el derecho por parte del arquitecto a pretender la preceptiva indemnización, ya que previamente el arquitecto no cumplió con lo expuesto en el artículo 10.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, tal y como se señala en la STS de 24 de junio de 2002: *“La jurisprudencia exige que ha de tratarse de un proyecto útil, por reunir las condiciones necesarias, entre ellas las urbanísticas correspondientes. El artículo 10.1 de la 38/1999, de Ordenación de la Edificación, define al proyectista como “el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto”. Conforme al artículo 10.2 de dicha disposición general es obligación del proyectista, entre otras, redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato y entregarlo con los visados que fueran preceptivos. En definitiva, el proyecto es el objeto definidor del contrato de arquitectura (arts. 1261 y 1273 del Código Civil EDL 1889/1 q).”*⁵⁰

La misma sentencia afirma que el arquitecto encargado del proyecto debe tener en cuenta tanto las limitaciones técnicas como las legales vigentes en el momento de su redacción, sin escudarse en el encargo que se hubiere encomendado: *“El encargo realizado por el dueño de la obra aceptado por el arquitecto determina el nacimiento del contrato de arrendamiento de obra, previsto en el art. 1544 del CC EDL 1889/1, del que nace la obligación del arquitecto de redactar un proyecto técnicamente viable, que permita la ejecución de la obra encargada, de manera tal que está pueda ser llevada a su práctica material, plasmando sobre el suelo el encargo efectuado, sin que el arquitecto pueda ampararse en la encomienda que le fue realizada para la elaboración de tan fundamental documento, si conoce o debiera conocer que la intención del promotor no es conforme con las posibilidades técnicas que ofrece la lex artis de la arquitectura o las limitaciones legales impuestas por la normativa aplicable, que dicho técnico debe tener en cuenta al cumplir su cometido profesional y que justifica su obligada intervención en las obras de construcción como la litigiosa. El proyecto debe justificar debidamente, es decir con los argumentos técnicos precisos, las soluciones que contiene, acomodándolo a la normativa aplicable, garantizando el debido cumplimiento de las exigencias urbanísticas que procedan, a fin de no incurrir en un vicio esencial que lo haga inviable (STS de 1 de junio de 1998).- Lo expuesto permite afirmar que un proyecto cuya solución constructiva infrinja las normas urbanísticas vigentes en el momento de su redacción y no permita obtener para la edificación la preceptiva licencia es un proyecto inútil, que hace inviable la edificación y frustra la finalidad del contrato de arquitecto..”*

Además, este mismo Tribunal atribuye la responsabilidad de la falta de respeto a las normas urbanísticas al Arquitecto Superior que elabora el proyecto, descartando la del Arquitecto Técnico y la del promotor: *“el Arquitecto Superior es el que*

⁵⁰ STS de 24 de junio de 2002 (RJ 2002/8061)

proyecta y decide en último lugar el emplazamiento, dentro de la jerarquía de los técnicos, dando información al Arquitecto Técnico y al constructor de que en ese lugar irá la vivienda, y al constructor que en aquel lugar debe realizar su trabajo, mas no les hace responsables de que ese lugar no respete las normas urbanísticas, cuando el error nace del proyectista y director al tomar el linde erróneo, por lo que estimamos que no ha lugar a la condena del Arquitecto Técnico.” Ello es así aún en el caso de que el promotor hubiese hecho el encargo en el sentido contrario al ordenamiento urbanístico, ya que al Arquitecto tiene los conocimientos técnicos necesarios para evitar dicha situación: *“ tal alegación ha de ser desestimada porque el proyecto se encargó para ejecutarlo, y el Arquitecto debía conocer [...] las condiciones urbanísticas exigibles por la Administración local, advirtiéndolo de ello de manera fehaciente a su cliente, antes de desarrollar el trabajo encomendado, máxime estando facultado el Arquitecto para solicitar informe sobre las condiciones urbanísticas, emitido por el Servicio Municipal competente.”* Incluso, en el caso de que la Administración mudase de criterio, es responsabilidad de éste estar al tanto, según la STS de 24 de junio de 2002: *“ Ni la circunstancia de que el Ayuntamiento haya posteriormente cambiado, en su caso, de criterio entorno a los límites de altura [...] lo que viene a demostrar la importancia de solicitar la correspondiente cédula de aprovechamiento urbanístico para conocer el criterio interpretativo de la administración en el momento de solicitar la licencia de obras.”*⁵¹

Asimismo con respecto a la indemnización debida, no ya al Arquitecto, como interpela la cuestión a la que tratamos de responder, sino del Arquitecto hacia la promotora, la SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2012, expone que el incumplimiento de las normas urbanísticas no es trasladable a la promotora, ya que es obligación del Arquitecto el adecuar el proyecto a la legalidad: *“adecuar el proyecto a legalidad vigente es consustancial a su elaboración, y no tomar en consideración las distancias exigidas en el art.40 de la Llei 13/90 constituye un incumplimiento grave de las obligaciones del Arquitecto, que no puede pretender trasladar a la promotora en la medida en que ésta le ha contratado, entre otra cosas, para evitar una contravención del proyecto con dicha normativa.”*⁵² Por otra parte, alude al hecho de que el otorgamiento de una licencia en el ámbito administrativo, no excluye responsabilidades en el civil, con la consiguiente posibilidad del deber de indemnizar por daños y perjuicios a la promotora: *“El orden administrativo regula aspectos diferentes del civil siendo ambos compatibles, de tal manera que la construcción de las obras aun cuando cuenten con licencia obtenida al amparo de las normas urbanísticas, pueden ser impedidas por los tribunales del orden civil a instancia de los titulares de un derecho, como el de propiedad, a los que eventualmente puedan afectar, como sucede en el presente caso (STS18 de julio 1997) [...] Llegados a este punto, se establece la obligación del Arquitecto demandado de indemnizar a la promotora actora por los daños y perjuicios derivados de su negligente actuar conforme a lo previsto en el art.1101 CC”*

⁵¹ STS de 24 de junio de 2002 (RJ 2002/8061)

⁵² SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012\169241)

CONCLUSIONES

Primero.- La eventual situación de “fuera de ordenación” del edificio rehabilitado en el Ayuntamiento de Eiravedra, de cara a la admisibilidad de obras de conservación y mantenimiento, es analizada rigurosamente por la jurisprudencia dada la situación de ilegalidad del inmueble, erigiéndose como limitativas las obras de consolidación, aumento de volumen, modernización e incremento de valor expropiación.

Segundo.- Por lo que respecta a la modificación del planeamiento que permitiría la legalización del edificio, con posterioridad a la interposición del recurso, la infracción del planeamiento vigente en un determinado momento solamente puede ser considerada atendiendo a este planeamiento, no a otro que no estaba en vigor, y por tanto solo cabe tener en cuenta en la sentencia las actuaciones que habría que llevar a cabo conforme a esa normativa para lograr la desaparición de la ilegalidad cometida. Además, la posibilidad de que la Administración convalide los actos anulables subsanando los vicios de que adolezca, deja de operar en sí misma una vez que el acto ha sido anulado jurisdiccionalmente.

Sin embargo, podría darse la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia ya que el acto administrativo ha tenido lugar antes del fallo del juez, teniendo en cuenta no obstante el *ánimus* del posible infractor ya que, tal y como promulga la LJCA, son nulos los actos dictados con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia.

Tercero.- En cuanto a la demolición, no cabe en este punto atender a la excepciones de imposibilidad legal -como se ha expuesto anteriormente- o material, ya que estas han de ser interpretadas de un modo restrictivo, configurándose únicamente como límites a dicha ejecución la desaparición o extinción del edificio, indicando además la mayor parte de la doctrina, que en la actualidad no existen razones de índole técnica que constituyan una excepción material de ejecución ya que, en palabras del Tribunal Supremo, lo natural es que una construcción acabada, experimente debilitamiento de la estructura al ser demolida en cumplimiento de la sentencia y ello requiera los reforzamientos necesarios.

Por otra parte, la aplicación del principio de legalidad no es preceptiva en nuestro supuesto, ya que esta opera *ex ante*, durante el proceso judicial previo, nunca *ex post*, cuando ya fue dictada la demolición.

Cuarto.- Al hacer referencia a los medios que tienen a su disposición los jueces y tribunales del C-A en el presente caso para lograr la ejecución de las sentencias, cabría mencionar la ejecución sustitutoria en sus diferentes modalidades -ejecución sustitutoria directa con intervención del comisario, la ejecución sustitutoria indirecta y la ejecución subsidiaria-, incluyendo asimismo medidas adyacentes de presión como las causas de inelegibilidad de los condenados por sentencia a causa de delitos contra la Administración Pública o la exigencia de responsabilidad penal mediante el testimonio de los particulares.

Quinto.- En el caso de que fuese declarada la imposibilidad de ejecutar la sentencia, Dña. X.M.F. no tendría derecho a ser indemnizada, pues no resulta de recibo que, necesariamente, toda sentencia inejecutada, por causa legal o material, deba llevar implícita una indemnización de daños y perjuicios, ya que los mismos, han de depender de su real y efectiva existencia y de su acreditación ante el órgano jurisdiccional, es

decir, de una situación jurídica individualizada, y no meramente del menoscabo al interés general.

Sexto.- Suponiendo que la sentencia fuese finalmente ejecutada, los propietarios del edificio tendrán derecho a la indemnización de las lesiones en los bienes y derechos que resulten de la anulación de la licencia, ello suponiendo la inexistencia de dolo, culpa o negligencia graves imputables a los tenedores. Es aquí, por tanto, donde ha de clarificarse que solo son resarcibles los daños de los propietarios que adquirieron sus viviendas con anterioridad a la anotación cautelar de la demanda en el Registro, al reputarlos ajenos a la controversia judicial.

En lo tocante a la responsabilidad extracontractual patrimonial de la Administración por la concesión de una licencia anulada, es obligado iniciar la vía administrativa previa para, en su caso, acceder a los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo, no pudiendo ser demandada aquella por este motivo en ante el orden civil. Por lo que respecta a la responsabilidad contractual del transmitente, podrán ejercitarse conjuntamente frente a él la acción de resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios por medio de la jurisdicción civil siendo poco probable la realización de ambas pretensiones, ya que, por una parte, difícilmente se podrá restituir la construcción derribada, y por otra, ha de probarse que el transmitente era consciente de la ilegalidad urbanística.

Séptimo.- En primer lugar, los particulares han de exigir directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

En segundo término, en el caso de que el Ayuntamiento fuese condenado a satisfacer alguna indemnización cualquier vecino está legitimado para requerir en vía administrativa que la Administración ejerza las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos, y si ello no se llevase a término, estos podrán ejercitar por sustitución dichas acciones; erigiéndose sin embargo en requisito obligatorio para iniciar la vía jurisdiccional, que la pretensión se realice por “grupos que resulten afectados”. De todos modos, y según lo establece la ley, la Administración, con carácter imperativo, ejercerá de oficio la acción de regreso contra las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes.

Octavo.- Atendiendo a los tipos delictivos del código penal que serían aplicables al caso, han de distinguirse las figuras de autoridad o funcionario público y la del promotor o transmitente del inmueble.

Si llegado el momento de la ejecución de la sentencia, es decir, de la demolición del edificio rehabilitado con cargo a la Administración, el funcionario público se negare a dar cumplimiento a la resolución judicial, podría incurrir en el delito de desobediencia. Asimismo, podría incurrir en el delito de prevaricación, la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente acerca de la concesión de licencias contrarias al planeamiento urbanístico. La jurisprudencia expone que la ilegalidad ha de ser patente, flagrante y clamorosa, es decir, ha de asociarse la injusticia notoria con la idea de arbitrariedad, exigiéndose una conducta dolosa de primer grado. De darse este supuesto, sería muy probable que nos hallásemos a su vez ante el delito de cohecho, ya que el comportamiento prevaricador no se asocia normalmente con una conducta onerosa. Otro ilícito de posible aplicación

sería el de falsedad documental, para el cual sería conveniente el estudio de las características técnicas del documento.

Por su parte, en el caso del transmitente sería preceptiva la aplicación del delito de estafa, en caso de que éste no informase al transmitente de la situación en la que se encuentra el inmueble.

Noveno.- En caso de derribarse el edificio, no se darían las condiciones para la vulneración del derecho moral de autor del Arquitecto, ni tendría éste derecho a una indemnización en ningún caso, y ello como consecuencia de que, según la definición legal de proyectista, éste es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto. De acuerdo con la jurisprudencia, el Arquitecto encargado del proyecto debe tener en cuenta tanto las limitaciones técnicas como las legales vigentes en el momento de su redacción, sin ampararse en el encargo que se le hubiere encomendado, ya que ello es lo que justifica su obligada intervención en las obras de construcción. Por tanto, el Arquitecto debía conocer las condiciones urbanísticas exigibles por el Ayuntamiento de Eiravedra, máxime cuando está facultado para solicitar informe sobre las condiciones urbanísticas emitido por el Servicio Municipal. Ello es así incluso en el caso de que la Administración mudase de criterio, ya que es responsabilidad del Arquitecto solicitar la correspondiente cédula de aprovechamiento urbanístico para conocer el criterio interpretativo de la administración en el momento de solicitar la licencia de obras.

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

CASTILLO BLANCO, F. A. *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin título jurídico habilitante*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2006.

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

FERNÁNDEZ, T.R., *Manual de derecho urbanístico*, Civitas, Madrid, 2014

GEIS I CARRERAS, G. *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2013

GUILARTE GUTIERREZ, V., *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe luces y sombras del registro español y del principio de fe pública : la incidencia de las sentencias de las salas 1ª y 3ª del Tribunal Supremo sobre su funcionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2011

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la ley contencioso-administrativa: (Ley 29-1998, de 13 de julio)*, Civitas, Madrid, 2013

MARTÍNEZ DE PISÓN, A., *La ejecución provisional de las sentencias en lo contencioso administrativo*, Civitas, Madrid, 1999.

MARTÍN REBOLLO, L. *Leyes Administrativas*, Editorial Aranzadi 10ª ed., Navarra, 2004.

PÉREZ GÓMEZ, J., *La ejecución de las resoluciones judiciales en litigios frente a las Administraciones Públicas*, Cemoi, Granada, 2003

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Demolición por delito, el restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*, Comares, Granada, 2009

REVISTAS

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El principio de la interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento de los actos administrativos”, en *Revista Española de Administración Pública*, núm. 42, enero-abril, 1963.

MARTÍN DELGADO, I., “La ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas en Italia”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 165, septiembre-diciembre 2004.

TOLOSA TRIBIÑO, C., “El incidente de ejecución de sentencias: aspectos procesales”, en *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. IV Curso sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, Navarra, 2006.

WEBGRAFÍA

FIERRO RODRÍGUEZ, D, *Análisis de la reclamación administrativa previa*, febrero de 2014. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho-Administrativo/201402-analisis-de-la-reclamacion-administrativa-previa.htm>

VERA UR, J. M., *Procedimiento Administrativo*, marzo 2013. Recuperado de http://www.madrid.org/dat_norte/archivos1213/sie/PROCEDIMIENTO%20ADMINISTRATIVO-IE.Madrid%20Norte%2022-03-2013.pdf

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 7 de febrero de 1986 (RJ 1986/1420)

STS de 3 de mayo de 1990 (RJ 1990/10024)

STS de 6 de febrero de 1991 (RJ 1991/774)

STS de 2 de octubre de 1991 (RJ 1991/7788)

STS de 25 de septiembre de 1997 (RJ 1997/1788)

STS de 26 de enero de 1999 (RJ 1999/357)

STS de 5 de abril de 2001 (RJ 2001/3030)

STS 14 de mayo de 2001 (RJ 2001/4254)

STS de 24 de junio de 2002 (RJ 2002/8061)

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

STS de 8 de noviembre de 2004 (RJ 2004/ 7615)

STS de 28 de marzo de 2006 (RJ 2006/3255)

STS de 30 de junio de 2006 (RJ 2007/2670)

STS de 24 de enero de 2007 (RJ 2007/5383)

STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007/236291)

STS de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7734)

STS de 22 de enero de 2010 (RJ 2010/3087)

STS de 6 de junio de 2011 (RJ 2011/5057)

STS de 4 de junio de 2012 (RJ 2012/7514)

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

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

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ de Murcia, de 30 de diciembre de 2011 (RJCA 2011/206)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Soria de 18 de julio de 2011 (JUR/2011/308484)

SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012\169241)

APÉNDICE LEGISLATIVO

NACIONAL

Constitución Española, 1978

Código Civil de 1989

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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

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

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

Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo.

Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

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.

Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

COMUNIDAD AUTÓNOMA

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