

PROYECTO DE FIN DE GRADO

Ejecución de Sentencias en reposición de la legalidad
urbanística.

Manuel Díaz Pérez

Tutorizado por la Dra. D. Marta García Pérez

Facultad de Derecho
Universidade De Coruña

SUMARIO

ANTECEDENTES.....	P. 1
FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	P. 1
PRIMERO: Fuera de Ordenación.....	P. 1
SEGUNDO: Modificación del plan.....	P. 3
TERCERO: Restablecimiento de la legalidad.....	P. 7
CUARTO: Juicio de proporcionalidad.....	P. 9
QUINTO: Inejecución por imposibilidad.....	P. 11
SEXTO: Derechos de terceros.....	P. 14
SÉPTIMO: Resarcimiento erario municipal.....	P. 16
OCTAVO: Relevancia penal de los hechos.....	P. 17
NONO: Efectos procesales.....	P. 18
DÉCIMO: Derecho moral del arquitecto.....	P. 19
CONCLUSIONES.....	P. 27
Bibliografía	P. 28
Normativa citada.....	P. 28
Referencias jurisprudenciales.....	P.29

MANUEL DÍAZ PÉREZ elabora el presente proyecto consistente en Dictamen en Derecho sobre las cuestiones que se precisarán a partir de los siguientes

ANTECEDENTES.

PRIMERO.- La constructora MADESA solicitó en su día licencia de rehabilitación del inmueble con el fin de destinarlo a viviendas y locales comerciales. Se concedió licencia por acuerdo del Concello de Eiravedra, resultando la misma contraria a la normativa urbanística, cuestión que se puso de manifiesto tras la interposición de un recurso Contencioso- Administrativo por parte de XMF y que llevó al citado Concello a proceder a una modificación del plan urbanístico que diese cobertura a tal realidad

SEGUNDO.- Por sentencia de 12 de marzo de 2005, la Sala de lo Contencioso-Administrativo do TSX de Galicia estima parcialmente el recurso de Dña. XMF y, tras anular la licencia arguyendo disconformidad con el planeamiento urbanístico, ordena la demolición de las obras de rehabilitación realizadas al amparo de la licencia. Se recurre la sentencia de instancia por medio de la interposición de un recurso de casación de conformidad con el art. 89 LJCA, resultando éste favorable a la pretensión sostenida por XMF, confirmando la demolición.

TERCERO.- XMF solicita la ejecución de la sentencia sin éxito.

CUARTO.- EL Concello de Eiravedra promueve un incidente de inejecución de la sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual estima el mismo por razones técnicas.

QUINTO.- Recurrido el auto ante el Tribunal Supremo, desestima el anterior y confirma la ejecución de la sentencia ordenando la demolición.

SEXTO.- Conocida la preparación del proyecto de rehabilitación del edificio por un arquitecto, cuyo nombre no figura en los hechos recibidos para el informe al respecto, y que formaba parte de la plantilla de MADESA.

SÉPTIMO.- Habida cuenta de la existencia de propietarios de las viviendas.

En virtud de los ANTECEDENTES se formulan los siguientes:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Fuera de Ordenación

Considerando lo mencionado en el antecedente PRIMERO, procede examinar la posibilidad de situación del inmueble bajo el supuesto de fuera de ordenación conforme a la legislación aplicable en la Comunidad Autónoma de Galicia. Ello comporta valorar la situación jurídica del edificio desde que se verifica de existencia de una situación de fuera de ordenación en el momento de aprobarse del plan urbanístico respecto al cual el inmueble se entiende preexistente, resultando de aplicación dos normativas de ordenación diferentes en el espacio temporal que es objeto de informe; conviene, asimismo, someter los efectos del carácter de fuera de ordenación a la existencia de una sentencia firme condenando al Concello a la demolición del edificio.

En primer lugar, no ofrece duda alguna que el edificio fue levantado en su día con observancia de todas las prescripciones legales necesarias, de suerte que la problemática que se plantea surge a raíz de la aprobación de un instrumento de planificación

urbanística con respecto al cual no existe conformidad de la realidad construida. Nos encontramos ante una posible situación de edificio fuera de ordenación; en atención a esta clase de situaciones la Ley 1/1997 de Galicia, definió en su art. 58 los edificios fuera de ordenación como *aquellos erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que resultasen disconformes con el mismo*. La normativa urbanística de referencia (Ley 9/2002 de Galicia) que la derogó contiene en su art. 103.1 definición de coincidente espíritu. Se trata pues de un edificio que se encuentra, en el momento previo a la realización de las obras, que de encontrarse en una situación de discordancia con respecto al plan urbanístico, es susceptible de subsunción bajo el concepto “fuera de ordenación” sin mayores categorizaciones puesto que no obran datos relativos a un plan que contenga una regulación independiente y pormenorizada de los edificios que quedaron fuera de ordenación como consecuencia de su entrada en vigor y disconformes con sus determinaciones.

Al respecto de la anteriormente expuesta situación, existen dos momentos claramente diferenciados por la existencia de las obras¹ que, en relación con el devenir de la dinámica legislativa determinan dos regímenes diferenciados en lo que a fuera de ordenación se refiere. Esto es, la Ley 1/1997, al amparo de la cual se otorga la licencia y que prohíbe, ex. art. 58.2 y 3, salvo que en el propio planeamiento se dispusiera otro régimen, realizar en ellos *obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exigiesen la higiene, ornato y conservación del inmueble*. No obstante, la norma prevé en casos excepcionales, *la realización de obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviese prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años, a contar desde la fecha en que se pretendiese su realización*. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2003, el cambio de normativa, con la entrada en vigor de la Ley 9/2002, modifica sustancialmente este régimen al introducir una distinción fundamental entre aquellas *construcciones y edificaciones que queden en situación de fuera de ordenación por total incompatibilidad con las determinaciones del nuevo planeamiento* frente a otras que sean sólo *parcialmente incompatibles con el nuevo planeamiento*. En relación al primer supuesto, *sólo se podrán autorizar obras de mera conservación y las necesarias para el mantenimiento del uso preexistente; salvo que en el planeamiento se disponga justificadamente lo contrario*. Por lo que respecta al segundo, la normativa relaja las posibilidades de actuación y confiere la posibilidad de *autorizar, asimismo, obras parciales y circunstanciales de consolidación, así como las de mejora, reforma y, en casos justificados, ampliación de la superficie construida que se determinen por el plan general respectivo*. En definitiva, procede determinar, una vez entrada en vigor la nueva normativa en materia de urbanismo cuál será la: a) la calificación jurídica del edificio antes de la finalización de las obras; b) la calificación una vez realizadas las obras y no aprobada la modificación del plan; c) Calificación una vez realizadas las obras y aprobada la modificación del plan.

El supuesto (a) podría situarse en el ámbito de la exclusión de ordenación del edificio. Conocida la contravención del plan, no podemos calificarla como total o parcial puesto no se ha recibido traslado de precisión alguna al respecto, tal y como se menciona en el primer párrafo del presente fundamento y, por lo tanto, no se puede arrojar consideración alguna de relevancia jurídica al respecto.

¹ Entenderemos, ante el silencio en los hechos de que se ha dado traslado, que tales obras han finalizado comenzado el mes de febrero y antes de la interposición del recurso a los efectos de este análisis.

² Obras de reestructuración: son aquellas obras de rehabilitación de una edificación que mejoran sus condiciones de seguridad, salubridad, habitabilidad, de confort y ornato, modificando su distribución y

El supuesto (b) se encuentra en una situación de diferencia con respecto a la norma de ordenación municipal que, de acuerdo con al art. 103.1 de la Ley 9/2002 es de, efectivamente, fuera de ordenación, como ya se ha mencionado, con la particularidad de tratarse de una situación de parcial desajuste con respecto al Plan Urbanístico, cuyo elemento determinante son las obras realizadas al amparo de una licencia que podría ser contraria a dicho instrumento jurídico y al espíritu de la Ley que le da cobertura. Por cuanto resulta de la lectura detenida del art. 103.3 de la mencionada, se contiene una doble posibilidad que da cobertura a las actuaciones sobre un edificio en la situación del presente: bien, la realización de obras parciales y circunstanciales de consolidación; o bien, actuaciones de ampliación de la superficie construida siempre que se encuentre amparado en el Plan y justificado; esto es, se debe tratar de adecuaciones de lo construido a la regulación o de obras de mayor entidad que puedan comportar mayor volumen de construcción bajo el requisito de justificación de las mismas y conformidad con el plan. Como señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 20 de Diciembre de 2001: *Ante la ausencia de regulación del plan en este aspecto, tienen que ser aplicadas las previsiones legales, y ese régimen tiene que guardar coherencia con la finalidad propia de la institución, que es la de compatibilizar los derechos de los propietarios de los edificios que quedan fuera de ordenación con la eficacia del planeamiento, respecto de cuyas directrices y principios inspiradores aquéllos constituyen una anomalía; lo que desde luego no es posible es que las determinaciones del Plan, o la interpretación que pretenda dárseles, lleven a que la situación de fuera de ordenación se incremente, lo que constituye un límite infranqueable. Las actuaciones a realizar sobre los edificios en dicha situación han de perseguir su adaptación en lo posible al diseño urbanístico querido por el planeamiento.* La problemática de tales límites se plantea cuando lo que se produce es la adecuación del plan a la modificación practicada en la realidad previamente y que causa la situación de fuera de ordenación (c).

SEGUNDO: Modificación del plan.

La cuestión (c) presenta como supuesto de hecho la modificación del Plan para dar cabida a una obra realizada al amparo de una licencia de obras, posteriormente llevadas a cabo, que contravenía la normativa urbanística local en su momento. En este extremo, se trata de abundar acerca de cuál es el sentido, precisamente, de mantener fuera de ordenación o modificar el planeamiento, puesto que si se modifica éste para dar cabida a los elementos discordantes, nos encontraríamos con una situación conforme a la ordenación. Parece, en este sentido que no prevé la norma que el Plan pueda querer legalizar aquello que inicialmente estaba fuera de la misma, sino que se mantenga su tratamiento inicial y se autoricen modificaciones de mejora y reforma² de conformidad con el plan, o bien obras de consolidación³. Puesto que el caso presente trata de obras de entidad suficiente para ser consideradas de mejora y reforma, las mismas habrán de contar con la conformidad del planeamiento urbanístico, requisito que podría entenderse cumplido una vez modificado el mismo que, *prima facie*, excluye la situación de fuera de ordenación siempre que, además, tales obras cuenten con autorización. Sin embargo,

² Obras de reestructuración: son aquellas obras de rehabilitación de una edificación que mejoran sus condiciones de seguridad, salubridad, habitabilidad, de confort y ornato, modificando su distribución y alterando sus características morfológicas y la distribución interna.

³ Obras de consolidación: son aquellas que tienen por objeto el afianzamiento, refuerzo o relevo de elementos dañados para asegurar la estabilidad del edificio, con posibles alteraciones menores de su estructura y distribución, siempre que no estén incluidas en las obras de reestructuración parcial o total.

ello no resiste un análisis más profundo de la norma a la luz de los principios generales del Derecho Administrativo en relación con la propia literalidad de la norma. Así, la cuestión de la validez de las licencias otorgadas siendo, en su día, contrarias al mencionado instrumento queda resuelta por la ley 30/1992 *ex. art. 53* que manifiesta que todo acto administrativo debe ser ajustado al ordenamiento jurídico, de lo que se desprende que aquel que no lo fuere se encontrará viciado, lo que causará su nulidad de pleno derecho.

Con respecto a toda modificación del plan que pueda efectuarse, ha de distinguirse entre una modificación puntual del Plan o una revisión del mismo. En el primer caso, de modificación puntual para, a través de la misma, intentar la legalización del inmueble, o en una revisión del mismo, con carácter general, que dé cabida a construcciones de las características de la existente fuera de ordenación y promoviendo posteriormente un incidente de inejecución por la legalización sobrevenida. Cabe señalar que hay que analizar previamente, en ambos casos, el alcance de la potestad de *ius variandi* de la Administración a la hora de la redacción, modificación o revisión del planeamiento. En primer lugar, ha de señalarse que la potestad planificadora de la Administración tiene su cobertura constitucional en el art. 33 CE (función social de la propiedad), en el art. 45 CE (medio ambiente, calidad de vida y utilización racional de los recursos) y en el ámbito del planeamiento urbanístico, en función de las necesidades del desarrollo socioeconómico se ostenta una facultad de modificación o revisión de ese planeamiento para adecuarlo a las nuevas circunstancias, en lo que constituye precisamente el llamado *ius variandi*. Este *ius variandi* viene definido como una potestad no fundamentada en criterios subjetivos ejercitable en cualquier momento como un remedio establecido en la ley para que la Administración, objetivando alteraciones reales, realice las modificaciones que impongan las nuevas necesidades urbanísticas creadas por la dinámica social en el transcurso del tiempo. El Supremo ha establecido en esta materia en sentencia de 3 de enero de 1996 *que la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público justifican plenamente el ius variandi, lo que implica un amplio margen de discrecionalidad acotada por la interdicción de la arbitrariedad* tal y como se desprende del art.9.3 CE. En este aspecto, por lo tanto, y teniendo como base tanto la normativa constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es como ha de producirse en este caso, la actuación administrativa y el ejercicio de las prerrogativas que, a tal efecto, le confiere la misma; en el supuesto a que nos estamos refiriendo tiene como fundamental condición de motivar suficientemente y adecuar la decisión de modificar el planeamiento y de la prueba que sobre ello se haya derivado durante el pleito. Tal facultad de promover variaciones tiene su justificación, su autentica razón de ser, en esa respuesta a las nuevas necesidades sociales de cada lugar pero ha de ser en beneficio del interés general.

En este extremo, el Alto Tribunal, por sentencia de 17 de Noviembre de 2010 y siguiendo el criterio manifestado en otras de 5 de Abril de 2001 y 18 de Febrero de 2004, refiere la invalidez de la modificación del planeamiento urbanístico, por cuanto la alteración del marco jurídico *no responde a eventuales circunstancias sobrevenidas en el desarrollo de la ciudad, (...) Sino en el dar cobertura a una actuación (...) contraria al ordenamiento jurídico de manera que amparándose una potestad arreglada, como es la facultad de revisar el planeamiento, se pretende fin no legítimo, cuál es la condición de construcción legal de aquella que fue declarada ilegal por contrario planeamiento*. Así, la modificación del Plan, lejos de resultar un elemento susceptible de provocar la legalización sobrevenida, constituye una reserva de dispensación; esta se encontraba ya

vetada en la Ley del Suelo de 1976, art. 57.3 en relación con el artículo 52.2 de la Ley 30/1992, así como en el art. 101 de la Ley 9/2002; este precepto afirma que *los particulares, al igual que la administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente ley, en las normas que la desarrollan y en los instrumentos de ordenación aprobados con arreglo a la misma*, y añade su apartado segundo que *serán nulas de pleno derecho las reservas de dispensación que se contuviesen en los planes u ordenanzas, así como las que, con independencia de los mismos, se concediesen*. A este respecto, la doctrina del Tribunal Supremo, en sentencia 8394/2011 mantiene que *las reservas de dispensación pueden estar contenidas en actos singulares o pueden estar establecidas en el propio Plan. Dentro de este segundo supuesto, que es el que aquí interesa, cabe hablar de dispensa cuando se regula con carácter general una determinada situación y, al mismo tiempo, se exceptiona de manera injustificada su aplicación a algún supuesto subsumible en aquélla, y de reserva de dispensación propiamente dicha, o habilitación para dispensar, cuando se establece la posibilidad de que la aplicación de aquella regulación pueda ser dispensada por la Administración en casos particulares. Mientras que las reservas de dispensación en materia urbanística están vedadas por la prohibición legal expresa (...), puede resultar admisible, en cambio, la ordenación singular o para un supuesto concreto efectuada por la propia norma. Pero ello requerirá de una especial justificación que dote al tratamiento singular o excepcional del necesario elemento de racionalidad y disipe cualquier indicio de arbitrariedad*. Esa facultad planificadora tiene también ciertos límites, que excluyen la arbitrariedad; así, el TSJ de Madrid, de modo ejemplificador en la sentencia de 20 de noviembre de 2010, reafirmará la doctrina comúnmente aceptada, señalando que: *El interés general exige la racionalidad de las nuevas decisiones urbanísticas, la correcta valoración de las situaciones fácticas, la coherencia de la utilización del suelo con las necesidades objetivas de la comunidad, la adecuada ordenación territorial y el correcto ajuste a las finalidades perseguidas*, como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de enero y 2 de marzo de 1996.

La jurisprudencia analizada y ya mencionada establece, y en este sentido, recibe el espíritu de las normas en materia de suelo, una exigencia de racionalidad o *circunstancias sobrevenidas en el desarrollo de la ciudad* que motiven el cambio practicado sobre el ordenamiento; y que además debe evitar la arbitrariedad que, a nuestro juicio, viene determinada por la ausencia del elemento de necesidad, así como de la falta de suficiente grado de abstracción de la norma que permita realizar el principio de igualdad que debe predicarse de todo el ordenamiento jurídico. No se puede predicar tal cuestión del caso que se recibe para calificación puesto que expresamente se señala en los hechos recibidos que se realiza la modificación del plan urbanístico con el fin, y únicamente se efectúa tal mención, de dar cobertura a la ilegalmente realizado. Por tanto, resulta nula la modificación de pleno derecho.

Se incurre, además, en una posible desviación de poder, en los términos del art. 70.2 LJCA *in fine*, puesto que se ha producido un ejercicio desviado de potestades propias para fines distintos de los permitidos por el ordenamiento jurídico. El criterio jurisprudencial imperante exige que deba presentarse como algo ostensible y manifiesto. Su existencia es tal, como se mencionó en STS de 18 de marzo de 2011, *no sólo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, extraño a cualquier defensa de los intereses generales, sino también puede concurrir esta desviación teleológica cuando se persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso*.

Recordemos que el artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional exige, para que se aprecie la desviación de poder, que el ejercicio de la potestad sirva a fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico . Basta, por tanto, que el fin sea diferente, de modo que aunque el ejercicio de la potestad administrativa se haya orientado a la defensa de los intereses generales, sin embargo se opone a la finalidad concreta que exige el ordenamiento jurídico. Por lo demás, ningún obstáculo se deriva para la apreciación de la desviación de poder que estemos ante el ejercicio de potestades regladas o discrecionales, pues ese vicio puede concurrir tanto en unas como en otras.

En conexión con el análisis de los fines perseguidos por el ejercicio de la potestad y los fines de la norma hemos considerado apropiado recurrir a la doctrina más tradicional. En este particular, dice MARTÍNEZ USEROS⁴ *que para apreciar la desviación de poder es necesario realizar un examen del fondo del acto y otro del fin de la ley. Fondo y fin deben marchar de acuerdo, pues en caso contrario sobreviene la desviación.* En relación a este extremo, el Tribunal Supremo ha afirmado, en su sentencia de 14 de mayo de 1959, *que supone un ánimo predeterminado de utilizar la facultad de obrar con fuerza de obligar que los órganos de la Administración ostentan, orientándola hacia la consecución de objetivos no previstos concretamente por la motivación legal que inspira la norma que se aplica, aun cuando, al hacerlo, se observen las formalidades exigidas para su legitimación.* Así las cosas, en los términos que MARTÍNEZ USEROS⁵ afirma, *se trata de una consecuencia natural y lógica de la Administración jurídica que el Estado de derecho instaura, y tiene por virtualidad la pretensión de que el ejercicio del poder que inherente implica el predominio de la voluntad pública o general sobre la del individuo, se realice siempre en mérito a la primacía del interés social; que prevalece sobre un determinado interés particular.*

En suma, QUINTANA REDONDO⁶ mantiene acertadamente que nos encontramos ante *una forma de infracción del Ordenamiento jurídico (...) que tiene lugar cuando el fin del acto administrativo no se ajustó al fin querido por ese Ordenamiento. Interesa decir que, en ocasiones, si el objetivo del acto no se ajusta al del Ordenamiento, se debe a la actitud personal volitiva, dolosa o culposa de quien lo realiza, pero que en realidad no es necesario que así sea, pues la desviación surge cuando tales fines están alejados, sea cual fuera la voluntad de su autor. Es decir, que si el aspecto personal puede ser el origen de la desviación, hay casos en que no es necesario personalizar para llegar a la conclusión de que también puede existir esa desviación.*

Resulta claro, en aplicación al caso que nos ocupa, vista la ley y la jurisprudencia, la posibilidad de subsunción bajo aquellas del supuesto de modificación del planeamiento urbanístico, una potestad administrativa, con el fin de dar cobertura a una situación particular que se encuentra desvinculada de toda racionalidad y que por lo tanto sustrae a un concreto sujeto de la aplicación del planeamiento urbanístico, esto es reserva de dispensación, cuestión que se encuentra prohibida de forma taxativa por la normativa en la materia, tanto estatal como de la Comunidad Autónoma. Podemos concluir, por lo tanto, que existe un supuesto de desviación de poder, aportando un nuevo argumento acerca de la contravención de los más elementales principios jurídicos, pues tal fenómeno determina la nulidad del acuerdo de modificación del plan urbanístico, en

⁴ MARTÍNEZ USEROS, C. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Seix. Voz: desviación de poder

⁵ MARTÍNEZ USEROS, *Ídem*.

⁶ QUINTANA REDONDO, C. Desviación de poder, doctrina del Tribunal Supremo. Colaboración, Ministerio de Justicia, núm. 519 (circa 1958).

aplicación del art. 62 de la Ley 30/1992 y del criterio seguido por el Alto Tribunal en sentencia núm. 3534/2012, donde *la falta de justificación o que ésta no sea acorde con los intereses generales implicaría el desvío de poder que conduciría a la nulidad de la medida de legalización urbanística (...) quedando desplazado el interés general por el interés particular de la legalización.*

En definitiva, se trata de escoger aquel instrumento que resulte técnicamente más adecuado para conseguir la legalización sin realizar una contravención frontal del Derecho. Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en la antecitada sentencia: *Los fines de un instrumento de planeamiento vienen determinados normativamente, separarse de tales fines puede generar la inidoneidad misma de la medida. La motivación de la medida, por lo general la Memoria, debe ser acorde a los hechos reales y, por tanto, no tiene que ocultar la finalidad legalizadora de la medida. Ahora bien, que se exprese que la medida tiene por fin la legalización, no bautiza de legalidad la medida. La medida legalizadora no puede tener por único fin la legalización misma, puesto esto es contrario al servicio objetivo del interés general, implicando desvío de poder. Al mismo tiempo, que el instrumento legalizador (...) incluya otras medidas diferentes a la legalización, por sí no evitaría que la legalización pueda ser considerada contraria a Derecho. La medida legalizadora debe perseguir el interés general. Ahora bien, que puedan derivarse beneficios para el interés general en virtud de la medida, no evita que pueda considerarse que la finalidad fundamental y esencial era la legalización y la satisfacción de intereses particulares o de la Administración local misma, relegando a un plano secundario los intereses generales. Para esta valoración del servicio o no de intereses generales de la medida legalizadora, no puede admitirse que una legalización en sí misma sea servir a los intereses generales (...) La restitución de la legalidad no es en sí una mejora, ni cabe admitir la afirmación de la memoria de "los intereses públicos subyacentes en la restitución de la legalidad urbanística". La legalización por sí sola no supone servir objetivamente a los intereses generales, es más, a priori, es lo contrario.* Por ende, no podemos concluir que pueda caber la legalización a través de la modificación que se ha efectuado del planeamiento urbanístico.

TERCERO: Restablecimiento de la legalidad.

Como quiera que la contravención de cualquier norma administrativa por los ciudadanos comporta que, declarado el incumplimiento, se restablezca la legalidad alterada al estado original de las cosas, procedemos a examinar los términos en que la misma debe realizarse, considerando las dificultades técnicas que el caso presenta. Preliminarmente, el Tribunal Supremo cuenta con abundantes pronunciamientos en sentencias de 28 de marzo de 2006, de 22 julio 2005, de 3 de junio de 2003 y de 16 de mayo de 2002 donde se pone de manifiesto lo que señala MORENO GRAU⁷: *en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal (...) 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 que toda anulación de licencia comporta el derribo de la edificación a la que sirve de cobertura.*

⁷ MORENO GRAU, J. *Restablecimiento de la Legalidad Urbanística*. El Derecho, Francis Lefevre, 2010. http://www.elderecho.com/administrativo/Restablecimiento-legalidad-urbanistica_11_187180002.html

No parece ofrecerse duda alguna sobre los modos de realización de los títulos ejecutivos judiciales en la legislación, conforme a lo preceptuado en el art. 18.2 LOPJ, que se refuerza a través del contenido de la LJCA, en su art. 103.1 y 103.2 en relación con el art. 7.1 así como, en negativo, el 103.4. Estos preceptos determinan la necesidad de ejecutar las sentencias en sus propios términos, atribuyendo la competencia en este ámbito a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En relación a ello, el Alto Tribunal en sentencia de 30 de octubre de 2008, siguiendo la posición manifestada en sentencias de 3 de julio de 2000, 19 de noviembre de 2001, 26 de julio de 2002, 7 de junio de 2005 y de 22 de julio de 2005, afirma la necesidad de practicar la demolición de la obra si es contraria al plan cuando dice que *en definitiva (...) tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición de aquéllas; de suerte que, ni la sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia*. Sin embargo, los sutiles matices del Derecho exigen profundizar más en la esencia de la ejecución cuando se trata de afectación parcial de los edificios, puesto que, en los anteriormente mencionados, la licencia causa la ilegalidad total. En los supuestos de parcialidad, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse para que exista la posibilidad de restauración de la legalidad de forma total con la simple demolición de una parte del edificio, por cuanto esta es un elemento de legalidad posterior que se adiciona a una estructura constructiva *plenamente legalizada y en funcionamiento*. Sin embargo, la imposibilidad técnica con respecto a la demolición parcial, derivará en una posible demolición total. A este respecto el Supremo Tribunal en sentencia de 12 de mayo de 2006, mencionando el auto de fecha 11 de julio de 1989 y la sentencia de fecha 27 de julio de 2001 señala, *que aunque la sentencia de cuya ejecución se trate haya ordenado tan sólo el derribo de una parte de la edificación -por ser esa parte y no el todo la que contraviene las normas jurídicas infringidas por la licencia a cuyo amparo se levantó-, ello no impide que en ejecución de sentencia pueda optarse por una solución que imponga el derribo total y permita, tras él, levantar la nueva construcción ya acomodada en su totalidad a esas normas. Al contrario, si el derribo total es la solución técnicamente necesaria o técnicamente más conveniente para restablecer la legalidad urbanística que la sentencia ordena, por no ser posible o no ser aconsejable el mero derribo parcial, y si el derribo total no conlleva una carga de todo punto desproporcionada, bien en comparación con el beneficio inherente al derecho que la sentencia tutela, bien por comparación entre lo ilegalmente construido y lo que se acomoda a la legalidad, esa solución -la del derribo total- no supone contradecir los términos del fallo que se ejecuta, ni la necesidad o conveniencia técnica de ella obliga a apreciar la concurrencia de una causa de imposibilidad material de ejecutar dicho fallo. Es así, porque el derribo total no es entonces más que el cauce técnico necesario o conveniente para dar estricto y cabal cumplimiento a lo que la sentencia ordena; como tal cauce técnico, que además no comporte una carga desproporcionada, la imposición del derribo total, ni altera la ratio decidendi de la sentencia, ni el fallo de la misma, ni incorpora una solución que pueda entenderse no querida por el ordenamiento jurídico. Es así, también, porque una conclusión distinta a la que afirmamos alentaría las conductas fraudulentas y entorpecería la finalidad última de que los actos de edificación y uso del suelo se acomoden a la legalidad urbanística. Y es así, en fin, porque la conclusión distinta favorecería sin razón bastante la posición del infractor y menoscabaría sin justificación el derecho a la tutela judicial efectiva, que demanda*

como regla general una ejecución in natura y que no tolera -o no debe tolerar por no existir una razón atendible- que en una situación caracterizada por las circunstancias indicadas pueda optarse por una ejecución por equivalencia. Esta doctrina se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2011.

En definitiva, se encuentran razones jurídicamente fundadas para la exigencia de cumplimiento del fallo *in natura*, es decir, aquellos que permitan el restablecimiento de la legalidad urbanística. Sin embargo, deberán someterse a un filtro ulterior que pasamos a examinar.

CUARTO: Juicio de proporcionalidad.

Llegados este punto de la exégesis, se hace necesario, elaborar un juicio acerca de la proporcionalidad a la hora de dar cumplimiento al fallo pues este elemento puede ser una causa de modulación del mismo, y así lo hemos referido anteriormente al citar la sentencia del Tribunal Supremo.

La aplicación del principio de proporcionalidad en este tipo de casos debe partir de una mención a su configuración constitucional y al perfil del que se le ha dotado. El principio de proporcionalidad trae consigo la exigencia de la actuación proporcional en cualquier intervención del poder del Estado e íntimamente relacionada con la idea de justicia material. Es un principio vinculado a la dignidad de la persona e inherente al Estado de Derecho que impone a todos los poderes del Estado hacer un uso moderado de su poder y, en concreto, implica la proscripción de todo sacrificio de la libertad y los derechos que sea inútil, innecesario o desproporcionado; y por ello todos los poderes públicos del Estado habrán de adecuar el peso y medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizar, a las circunstancias de cada caso concreto, recayendo sobre ellos la carga de la justificación de los medios empleados.

Las consideraciones a tener en cuenta son, por lo tanto, ese principio de evitación de sacrificios innecesarios o desproporcionados cuando las circunstancias concretas lleven a la necesidad de efectuar un juicio de contraste (como hipótesis, la demolición total de un inmueble que cumple la mayoría de los parámetros urbanísticos, pero con pequeñas infracciones que, sin embargo son decisivas para impedir su legalización) para determinar si ese poder del Estado hace un uso moderado de sus atribuciones. El mayor protagonismo de este principio se manifiesta cuando existen conflictos o tensiones entre derechos fundamentales, como es el caso de la sentencia dictada en el recurso de casación, donde no cabe aplicar las reglas tradicionales de resolución de las antinomias y ha de estarse a los valores y principios constitucionales subyacentes en la valoración del caso concreto y su excepcionalidad.

El principio de proporcionalidad, como ha sugerido BARNES⁸, es el principio constitucional, en virtud del cual la intervención del poder público del Estado ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible, al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de las libertades o derechos de los ciudadanos, y proporcional en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada, por

⁸ BARNES, J. *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario.* http://www.uhu.es/javier_barnes/Other_Publications_files/Aproximacion%20al%20principio%20de%20proporcionalidad%20en%20el%20derecho%20comparado%20y%20comunitario.PDF

derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades, y por tanto, la acción estatal a través de una forma de expresión, como es la resolución judicial dictada en el recurso de casación también ha de ser *útil, necesaria y proporcionada*. A su vez, cada uno de los subprincipios que integran ese principio de proporcionalidad (utilidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación: el medio ha de ser *idóneo* en relación con el *fin, necesario* (el más moderado) respecto de todos los *medios útiles* y de *proporcionada adecuación costes-beneficios*. Desde el Derecho común europeo, la íntima vinculación entre el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales tiene su base epistemológica de proporcionalidad en la relación entre el medio y el fin.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha venido empleando en diversas sentencias desde 1990 un planteamiento general del principio y estableció específicamente que: *Los principios generales del derecho esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas (...) el principio de proporcionalidad, en lo que ahora importa, opera en dos tipos de supuestos: a) con carácter ordinario, en aquéllos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios utilizables b) ya con carácter excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aún existiendo el principio único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado*. Pueden verse en este mismo sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1990 y 18 de febrero de 1992.

Cabe plantear respecto de la sentencia producida en casación, si ha llevado a cabo la Sala Tercera del Supremo el juicio de proporcionalidad ya que rebate una sentencia del Tribunal *a quo*, el TSJG, en la que sí se produce tal juicio, en virtud de las circunstancias concretas del caso, y como causa de imposibilidad de ejecución se establece la desproporción tras analizar las causas materiales subyacentes (en un juicio de racionalidad y congruencia). Existe por lo tanto, en el análisis del asunto, un problema de aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación, evitando los riesgos de subjetividad valorativa por parte del órgano jurisdiccional correspondiente, y para tratar de solventar este problema, precisamente se ha forjado el principio o juicio de proporcionalidad que se menciona pero cuya aplicación o proceso deductivo es eludido en la sentencia en casación y ni tan siquiera tácitamente formulado. Consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la ejecución *in natura* de la sentencia, con la consecución de ese fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio de otros derechos o para la satisfacción de otros bienes o valores constitucionalmente protegidos, como es el derecho a la vivienda de los propietarios que residen en el inmueble o la escasa relevancia de las infracciones urbanísticas que dieron origen a la sentencia producida inicialmente teniendo en cuenta que el inmueble cumplía todos los condicionamientos urbanísticos y condiciones que habitualmente son infringidos en los casos de ilegalidad urbanística.

Propiamente es en esta clase de supuestos, en virtud de la justicia material subyacente, cuando rige la ley de la ponderación, en el sentido que cuanto mayor sea la afectación producida por la actuación judicial en la esfera de un principio o un derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el otro principio en pugna. Es

preciso para demostrar esta circunstancia, conforme a la doctrina y la jurisprudencia comparada, que se cumpla con los tres subprincipios implicados en el principio de proporcionalidad, pues en caso contrario, tal sentencia habría de ser declarada inconstitucional y podría interponerse con fundadas razones un recurso de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional ha proclamado en numerosas ocasiones que el principio de proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho y al valor de justicia proclamado en el art. 1.1 de la Constitución como consecuencia de la adhesión de España al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades públicas, y especialmente la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 10.2 CE.

Es, especialmente, en la resolución de conflictos o tensiones entre principios constitucionales o derechos fundamentales donde el Tribunal Constitucional ha utilizado con más profusión por la justicia constitucional, llevándose a cabo un progresivo proceso de formalización del principio que acabó desde mediados de la década de los noventa del pasado siglo en la utilización del denominado *test alemán de proporcionalidad* que figura en la sentencia 66/1995 de 8 de mayo, al que se alude de modo expreso y conjunto al mismo, y de modo más explícito aún, en la sentencia 207/1996 de 16 de diciembre, formulando que para que el juicio de proporcionalidad se cumpla, ha de constatarse si el acto, medida o actuación *es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad sensu stricto)*.

La noción material de Estado de Derecho, base previa, es aquella de la que se deriva el principio de proporcionalidad y en realidad de la misma esencia de los derechos fundamentales que son, ante todo, derechos de libertad y subsiguientemente de rango constitucional. La vigencia del principio no se circunscribe a un ámbito concreto del ordenamiento jurídico, sino que es una regla que afecta a toda intervención de un poder del Estado, incluida la aplicación e interpretación del Derecho por un órgano judicial.

Procede concluir si el derribo total conlleva o no una carga de todo punto desproporcionada, bien en comparación con el beneficio inherente al derecho que la sentencia tutela; o bien por comparación entre lo ilegalmente construido y lo que se acomoda a la legalidad. Una vez señalado esto, hay que afirmar que la demolición total del edificio supondría una medida desproporcionada por los motivos que se tratan a continuación. En primer lugar, por comparación con el beneficio inherente al derecho que tutela la sentencia que se dicta en ejercicio de la acción pública que existe en materia de urbanismo, por lo que en verdad no tutela el derecho subjetivo ni el interés legítimo de ningún interesado. En segundo lugar, la demolición total sería también una medida desproporcionada por comparación entre lo ilegalmente construido y lo que se acomoda a la legalidad. En efecto, como ya ha quedado expuesto, resulta que una parte importante de la edificación a que nos referimos cuenta hoy con la cobertura de la licencia del antiguo edificio. Existe, así una parte muy considerable de la edificación que se acomoda, por tanto, a la legalidad. En definitiva, puede concluirse que proceder a una demolición total como forma de ejecutar la sentencia que en verdad obliga a una demolición parcial, la de las obras realizadas como consecuencia de la licencia de

rehabilitación otorgada, es una medida de todo punto desproporcionada; y que, en consecuencia, estamos ante una imposibilidad material de ejecutarla toda vez que técnicamente resulte inviable tal operación de demolición parcial.

QUINTO: Inejecución por imposibilidad.

El principio general que rige en materia de ejecución es que las sentencias han de ejecutarse en sus propios términos. Así lo señala el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Este principio general encuentra, no obstante, una excepción en los supuestos de imposibilidad de ejecución, a que se refiere el propio artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al señalar que *Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.*

Por su parte, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, se refiere a la imposibilidad de ejecución en su artículo 105.2 para señalar lo siguiente: *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.*

La imposibilidad de ejecución viene dada por una circunstancia de hecho o de Derecho que el órgano judicial no ha tenido en cuenta en el momento de citar sentencia.

El órgano judicial no habrá considerado esta circunstancia, en principio, por no existir en el momento de dictarse el acto recurrido y, por tanto, por no ser determinante de la validez o nulidad de dicho acto. El momento de valorarla se remite a un momento procesal posterior, la fase de ejecución de sentencia, pudiendo dar lugar a la imposibilidad de ejecución de la misma. En este sentido, ya hemos señalado cómo la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2009 señalaba que: *ahora bien, debemos tener en cuenta que dicho 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 1998 en la sentencia, luego puede ser relevante en la fase de ejecución.*

Pues bien, por lo que se refiere a la imposibilidad material, y a los efectos del presente informe, resulta oportuno profundizar en dos causas de imposibilidad de ejecución recogidas en la jurisprudencia: la inviabilidad técnica de realizar una demolición parcial sin afectar al resto de la edificación o sin proceder a una demolición total de la misma, y la imposibilidad de restauración de la realidad física alterada.

A los efectos del presente Dictamen, interesa detenerse en la inviabilidad técnica como causa de imposibilidad material de ejecución. En efecto, la jurisprudencia ha venido entendiendo que estábamos en presencia de un supuesto de imposibilidad material de ejecución cuando una sentencia ordenaba la demolición parcial de una edificación, y

ello era inviable técnicamente sin afectar al resto de la edificación o sin proceder a una demolición total de la misma.

Así, podemos citar el Auto del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1990. En este caso, el Auto apelado había declarado la imposibilidad material de ejecución de determinada sentencia *en cuanto que la misma dispone la demolición de lo construido, en lo que exceda de lo permitido en las Ordenanzas, siendo así que al tratarse de un edificio de viviendas de estructura unitaria, no es posible técnicamente derribar las partes excedidas sin que se resienta el resto de la construcción.*

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de apelación interpuesto señalando que una vez que (se) ha justificado (...) que esa demolición parcial es imposible materialmente, aquéllos no pueden pretender que el edificio se derribe en su totalidad, porque, además de que con ello se atentaría a un elemental principio de proporcionalidad entre lo estrictamente lícito y la medida que lo sanciona, el efecto práctico de la incondicional aplicación del precepto invocado sería, por el contrario, que la sentencia resultara ejecutada en términos que, precisamente, no eran los propios que habían sido expresados por los redactores de ella”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1990 resolvió el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que había declarado la imposibilidad material de ejecución. Y ello por ser inviable técnicamente realizar una demolición parcial; a este respecto, se había alegado que la reducción del volumen de un edificio conllevaría un grave riesgo para la estabilidad del mismo. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de apelación interpuesto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2001 resolvió un recurso de casación interpuesto contra un auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que había declarado la imposibilidad material de demoler un edificio en cuanto excediera de siete alturas y dieciséis metros de fondo. El Tribunal Supremo confirmó esta decisión, por ser la demolición total del edificio la única solución técnica viable. A este respecto, precisó que *la demolición del fondo del edificio dejaría al mismo tan profundamente afectado que sería totalmente inviable no sólo para garantizar en lo sucesivo la seguridad de las personas residentes en el inmueble, sino para permitir la ocupación del mismo.* Y añade que *la sentencia no ordena la demolición total del edificio para reducirlo a solar, sino una demolición parcial del mismo que se ha revelado como técnicamente inviable.*

La jurisprudencia más reciente, como ya se ha señalado anteriormente, sin embargo, ha entendido que no habrá imposibilidad de ejecución y que, por tanto, podrá procederse a una demolición total cuando así se derive de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Finalmente, debe también tenerse en cuenta que no resulta posible restaurar la legalidad física alterada o transformada como consecuencia de las obras de rehabilitación puesto que nunca se podría restaurar el edificio existente, sino simplemente realizar una copia con más o menos acierto del edificio desaparecido. Es decir, podría, previo informe de Arquitecto, fundamentarse la imposibilidad de demolición total en la dificultad para que la obra vuelva a erigirse con idénticas características.

En lo que respecta a la posibilidad de inejecución de la sentencia por causa de imposibilidad legal, la misma no puede fundarse por cuanto no existe ningún

instrumento de cobertura de la obra realizada que resulte legalmente admisible. Sin embargo, conviene apuntar lo señalado en caso análogo por el Alto Tribunal al respecto del tratamiento de las causas legales para fundamentar la inejecución en STS de 14 de marzo de 1995: En ella el recurrente, ayuntamiento que ha realizado una modificación de plan urbanístico para dar encaje a las licencias previamente otorgadas siendo contrarias al mismo, plantea tal imposibilidad. Sin embargo, el Supremo inadmite, motivándolo en los fundamentos séptimo y octavo, tal incidente puesto que la modificación operada supone una legalización de un proyecto concreto; cuestión a partir de la cual, brillantemente, el juzgador *a quo* emplea la técnica de la desviación de poder, que ya se ha mencionado en fundamentos anteriores y, de este modo, justifica que tal variación en el planeamiento se ha llevado a cabo con el único fin de conseguir la legalidad sobrevenida de lo construido y así eludir el cumplimiento de la eventual sentencia, como sucede en el presente caso. No concurre, pues esta causa de imposibilidad legal para la ejecución de la sentencia.

SEXTO: Derechos de terceros.

El caso planteado requiere también un análisis de los derechos de los terceros *bonae fidei* a partir de la relación entre el ámbito jurídico administrativo y civil.

Como principio general ha de estarse a lo señalado certeramente en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2010 (rec.500/2008) es ejemplificadora sobre la cuestión de los terceros adquirentes de obras, como es el caso, declaradas ilegales por sentencia firme, nos dice el Tribunal Supremo, exponiendo una apretada síntesis de sus criterios en anteriores sentencias.

La cuestión toma particular relevancia en un pleito en el que se suscitaba como infringido el principio de protección al tercero de buena fe, citando al respecto la Sentencia de 28 de junio de 2006 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que, según se expresa, declaró la imposibilidad de ejecución de una sentencia por la existencia de terceros de buena fe. Al respecto, en la STS de 12 de mayo de 2006, ya se señaló que *los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976. Y, en el mismo sentido la STS de 26 de septiembre de 2006: los propietarios, que forman parte de la Comunidad recurrente, tengan la condición de terceros adquirentes de buena fe carece de trascendencia a los efectos de impedir la ejecución de una sentencia que impone la*

demolición del inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística, pues la fe pública registral y el acceso de sus derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico, ya que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fe con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado (...) frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a éstos.

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

En todo caso, debemos añadir que en la STS de 27 de junio de 2006 se entendió, en un carácter de garantía de la respuesta frente a los terceros que : *la solidaridad es la forma correcta de responder frente a los terceros perjudicados en este caso no hay duda por estar así previsto legalmente en el apartado 2 del artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, que, al regular la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, establece que la responsabilidad será solidaria cuando no sea posible determinar la participación de cada una de las Administraciones concurrentes en la producción del daño, como sucede en este supuesto, dadas las actuaciones de la Administración autonómica y del Ayuntamiento, razón por la que el recurso de casación interpuesto por aquélla no puede prosperar.*

Y en la sentencia de 4 de octubre de 2006, remitiéndose para la cuestión relativa a la existencia de terceros adquirentes, entre otros extremos entonces discutidos a los trámites de ejecución de sentencia, determinó que *la cuestión ha de plantearse —en su caso— en el marco del procedimiento de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones con competencia material, como hacía el Auto de 25 de marzo de 1987, que se remitía a la acción de regreso contra el enajenante de las viviendas y locales, exigiendo responsabilidad de daños y perjuicios por la posible responsabilidad, ante la Jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1101 del Código Civil.*

En suma, la posición de la jurisprudencia, desde hace años, viene afirmando que la declaración de nulidad de una licencia de obras, por ejemplo , si se anula el Plan en el que se ampara quedando anulada la licencia, implica tener que demoler lo construido y la imposibilidad de utilizar la edificación al destino autorizado. Resulta evidente que, en esos supuestos, el administrado sufre una lesión patrimonial que al ser consecuencia directa de un funcionamiento incorrecto de la administración debe ser indemnizado. Se pueden distinguir, no obstante, dos modalidades de responsabilidad en función del

sujeto perjudicado: la que se tiene frente al titular de la licencia anulada y la que puede surgir a favor de terceros afectados por haber comprado alguna de las viviendas que deben derribarse. Respecto al titular-promotor de la licencia anulada, la jurisprudencia tiene repetido que debe ser indemnizado de todos los daños soportados y gastos realizados, por parte de la administración que aprobó la licencia que se anula. Mientras, los compradores de viviendas que deban ser demolidas, en cumplimiento de una sentencia, estos podrán reclamar por la vía civil al vendedor de la vivienda el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos derivados por la pérdida de su vivienda, y, posteriormente, el vendedor podrá repercutir la indemnización abonada a la administración que aprobó la licencia anulada.

En otras palabras, los ciudadanos tienen, en todo caso, el derecho a no soportar los gastos ocasionados por un funcionamiento anormal de la Administración, por lo que deben ser resarcidos de todos los perjuicios sufridos. El mecanismo de resarcimiento puede operar por el instituto de la responsabilidad patrimonial bien directamente por parte de los terceros adquirentes hacia la Administración responsable del otorgamiento de la licencia anulada, o en el caso de promoverse por el promotor-titular, si aún existe, frente a la Administración podrían interponer una acción civil, no administrativa, frente al mismo, que este tendría derecho a derivar a la Administración ya que tampoco estará obligado a soportar las consecuencias de un acto ilegal.

SÉPTIMO: Resarcimiento del erario municipal.

El artículo 78.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local en su terno literal contiene que *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*. En este sentido, la Ley 30/1992 en su artículo 145.2.I se establece también que *la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados, 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 que reglamentariamente se establezca*. Parece claro para DOMÈNECH PASCUAL⁹ que la decisión de ejercer o no ejercer la acción de regreso se configura aquí con un *evidente carácter discrecional*, que el párrafo segundo del precepto viene a subrayar cuando dispone que *para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso*.

Parece claro que las críticas doctrinales influyeron decisivamente en la redacción que la Ley 4/1999¹⁵ dio al artículo 145.2 de la Ley 30/1992¹⁶, donde ahora puede leerse que: *La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca*. DOMÈNECH PASCUAL¹⁰

⁹ DOMÈNECH PASCUAL, G. *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso*. InDret , Barcelona (2008) p. 4

¹⁰ DOMÈNECH PASCUAL, G. *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso*. InDret , Barcelona (2008) p. 8

ha afirmado que *para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso*. En su análisis, continúa abundando en como la norma ha transitado de la *expresión podrá exigir* por la de *exigirá de oficio*, cuestión que *ha sido interpretada por la gran mayoría de los autores en el sentido de que ahora es obligado para la Administración ejercer la acción de regreso cuando concurren las circunstancias contempladas en el precepto. El legislador convierte en obligación lo que antes era una mera posibilidad*.

En definitiva, la norma obliga a resarcir al erario público a través de la acción de regreso contra los profesionales a su servicio o miembros de órganos que hayan incurrido en conducta tal que satisfaga los criterios de ponderación que se mencionan en el párrafo precedente.

OCTAVO: Relevancia penal de los hechos.

Considerados los hechos que integran el presente informe, procedemos a informar acerca de la relevancia penal de las actuaciones realizadas. Particularmente, se examinará la posibilidad de concurrencia de algún tipo de los títulos XIV y XIX del Código Penal. Así, *prima facie* nos encontramos ante la existencia de un concurso de leyes al respecto de la conducta realizada; para su resolución se optará por seguir una solución de cobertura que, a través de una normativa única, permita abarcar todo el desvalor generado por la conducta. La lectura detenida del título XIV permite situarnos en los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, donde se depuran responsabilidades, en este ámbito, correspondientes a las autoridades públicas como a los actores que no tienen la consideración de Administración, respectivamente en los arts. 320 y 319. En suma, se efectuarán una serie de consideraciones de aplicabilidad de los mencionados preceptos a la situación para la depuración de las posibles responsabilidades penales.

En primer lugar, por la aplicación del art. 320 CP de forma directa al supuesto que nos encontramos, donde la redacción de la norma resulta de acomodo a los hechos recibidos, puesto que se reconocen las conductas típicas descritas. Por una parte, y aunque no se mencione en los hechos de que se nos ha dado traslado, existe un requisito de emisión de informe¹¹, por parte de *los servicios técnicos y jurídicos municipales (...)* respecto a la conformidad del plan con la legislación vigente y la calidad técnica de la ordenación proyectada (tras lo cual el expediente completo será remitido a la persona titular de la consejería competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio para su informe) en la normativa de ordenación territorial al respecto ex. art 85.1 Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia; tal informe es requisito *sine qua non*, de modo que podemos considerar que se han observado todos los requisitos y prescripciones legales en la tramitación. Por tanto, ello nos posiciona en la fundamentación de una creación de un peligro, base de una imputación objetiva, toda vez que se cumpla el requisito exigido por la jurisprudencia,

¹¹ Téngase en cuenta la letra a) del número 1 del apartado 9.º de la Orden de 9 julio 2009 sobre delegación de competencias en el secretario general y en otros órganos de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras por el que se delega en la Secretaria General de Ordenación del Territorio y Urbanismo la facultad de emitir informes preceptivos sobre todo tipo de planes de ordenación, en los supuestos establecidos por los artículos 69.4º, 85.1º, 86.1º d) y 93 de la presente disposición.

tal y como se señala en Auto de la Audiencia Provincial de León (Sección 3.ª) núm. 705/2011, de 2 noviembre, que requiere: *informes flagrantemente ilegales o groseramente contrarios a las normas urbanísticas aplicables y realizados a sabiendas, y que sería únicamente cuando habría de intervenir el derecho penal, pero no en estos casos de mera disconformidad, susceptibles de ser planteados ante la jurisdicción contencioso administrativa, nunca ante la jurisdicción penal como se pretende de forma harto injustificada, y con el afán de darle trascendencia penal a unos hechos que en modo alguno la tienen.*

Complementariamente, debemos recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012 donde se sostiene que *el delito de prevaricación¹² tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los principios constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de ultima ratio en la intervención del ordenamiento penal.* En este mismo sentido se han pronunciado anteriormente las sentencias de 21 de diciembre de 1999 y de 12 de diciembre de 2001.

La tradición jurisprudencial del Alto Tribunal en sentencias de 20 de abril de 1995, 1 de abril de 1996, 23 de abril de 1997, 27 de enero de 1998, 23 de mayo de 1998, 18 de mayo 1999 y 2 de noviembre de 1999, y reiterada de modo sintético y cristizador en ha sistematizado la 727/2000 de 23 de octubre, refiere los requisitos que son necesarios para que se entienda cometido el delito de prevaricación administrativa hoy previsto en el art. 404 sintetizándolo en torno a cuatro vectores fundamentales: En primer lugar, *desde el punto de vista del sujeto activo, éste debe ser una autoridad o funcionario público¹³.* En segundo lugar, *el funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución que se repute contraria a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.* En tercer lugar, matiza el Tribunal al esbozar el tercer requisito, que *no es suficiente, sin embargo, que una resolución administrativa sea contraria a derecho para que su emisión constituya un delito de prevaricación;* el sentido de esta afirmación estriba en que el control de legalidad sobre la actividad de la administración descansa esencialmente sobre la jurisdicción contenciosa y no tendría sentido, siguiendo el principio de *ultima ratio* ya mencionado *una sistemática criminalización de los actos administrativos que no fuesen adecuados a derecho o implicasen desviación de poder.* Considerado lo anterior, continúa: *Para que la resolución se constituya en elemento objetivo de la prevaricación es preciso que sea «injusta» y la injusticia supone un plus de contradicción con el derecho que es lo que justifica la intervención del derecho penal.* La línea jurisprudencial imperante sostiene, así que *sólo cabe considerar injusta una resolución administrativa, a efectos de declararla penalmente típica, cuando la ilegalidad sea evidente, patente, flagrante y clamorosa. (...) La identificación de la injusticia de una resolución administrativa con la evidencia de su ilegalidad pone el acento en el dato, sin duda importante, de la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el*

¹² Cuestión que puede ser predicable igualmente de la prevaricación en el ámbito urbanístico, que es un modo de prevaricación especial o prevaricación agravada en su configuración en el Código Penal que establece, a través de la pena, la íntima conexión entre el precepto 320 y el 404

¹³ Debiendo acudir al 24 CP de 1995, según los casos, para encontrar la definición de autoridad o funcionario público que a tal efecto ha de ser tenida en cuenta.

derecho. Ulteriormente y sin perjuicio de lo anterior, la propia disposición 404 CP es el correlato de coerción del art. 9.3 CE que proscribe la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos; el Supremo Tribunal entiende que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida caprichosamente en fuente de una norma particular. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución –por no tener su autor competencia legal para dictarla– o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis. En cuarto lugar, para que se realice el fenómeno prevaricador se requiere adicionalmente que la autoridad o funcionario actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución que dicta, y elimina del tipo la posible comisión culposa¹⁴ (...). Termina, sintetizando, que se cometerá, pues, el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo conciencia de que actúa al margen del ordenamiento jurídico, en lo sustancial y/o en lo adjetivo, y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere producir dicho resultado y antepone esta voluntad al deber de atenerse a los mandatos de la ley.

Colegimos, así, que se entiende realizada de forma perfecta la conducta típica por parte de los funcionarios que han emitido el informe por cumplirse el requisito de pertenencia al colectivo descrito en el art. 320 CP. Se trata de una resolución que resulta contraria a la norma por incurrir en una reserva de dispensación y haberse producido en desviación de poder. Tales conductas pueden calificarse de ostensiblemente contrarias a Derecho y merecedoras del sometimiento a la jurisdicción penal por cuanto vulneran principios constitucionales en la actuación de las Administraciones Públicas ex. art. 103 CE y muy especialmente el principio de legalidad, al respecto del cual el Tribunal Constitucional ha afirmado sentencia 108/1986 que estamos ante *un dogma básico de todo sistema democrático*; así como por también entender vulnerado el principio de legalidad en cuando a su contenido *de suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, (...) La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad*, STC 27/1981; por último, entiéndase cumplido el requisito de subjetividad (cuarto) ante la conciencia evidente de realización de una situación materialmente injusta por contraria a la normativa aplicable y el deber del funcionario de conocimiento de la misma.

Realizado el comprobación correspondiente a la conducta de los funcionarios, se procede a examinar el de las autoridades que integran el órgano que reforma el Plan, como se refiere en los hechos, con el fin único de dar cobertura a un hecho singular, pudiendo predicarse idénticas razones a las esgrimidas en el párrafo precedente con respecto a la desviación de poder y a la reserva de dispensación.

Se hace preciso examinar la procedencia de la aplicación del artículo 319 CP a aquellos a quienes se pueda situar bajo tal supuesto; es decir, la constructora MADESA. Respecto del delito contenido en este artículo ha afirmado del Tribunal Supremo en su sentencia. 529/2012 que *como la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta*

14 El propio Tribunal Supremo deja abierta la puerta a la comisión por dolo eventual.

materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia en el art. 319. Ello se matiza en la doctrina que se sienta en siguiente sentencia, un par de años después, cristalizando la de años anteriores, así la 568/2014 de 7 julio¹⁵: Lo correcto de la aplicación del tipo delictivo del artículo 319, pues la narración fáctica de la Sentencia se corresponde plenamente con la descripción de ese delito, ya que se trata del promotor de una obra que vulnera, sabiéndolo, la normativa aplicable a la misma, en los términos en los que el referido precepto se expresa, ubicando tal conducta más allá de la mera infracción administrativa y excediendo, según ese relato y contra lo que en el Recurso se sostiene, los términos de las licencias concedidas. En definitiva, el tipo penal tipifica el efectuar actuaciones extra-licencia; bien por desbordamiento del ámbito de la misma, o bien por realización de actuaciones sin contar con la misma. De esta suerte, no parece claro que una conducta que ha solicitado la preceptiva licencia no sea jurificable, aún siendo aquella misma contraria al planeamiento urbanístico, puesto que el acto administrativo que le da cobertura tiene apariencia de buen Derecho para el administrado que obra de buena fe en base a lo que la propia Administración autoriza. Entendemos, por lo tanto, que existe por parte de la constructora MADESA una contribución suficiente a la creación de un riesgo relevante que deba ser tenida en cuenta a efectos penalmente relevantes puesto que se trata, reiteramos, de una actuación legítima, conforme a los criterios de la buena fe que se suponen al ciudadano cuando actúa de conformidad con lo que la Administración autoriza.

NOVENO: Efectos del proceso penal sobre el contencioso.

Considerando que existen criterios suficientes, como se ha expuesto en el fundamento precedente, para argumentar la posible imputación objetiva, procede, pues, el examen de los efectos de la apertura de un proceso penal sobre el proceso contencioso ya abierto. En este extremo, la norma de la jurisdicción que nos es propia en su art. 4 contiene un fundamento del siguiente tenor literal: *La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales*; interesa, a nuestros efectos, la posible existencia de una vis atractiva por parte de la jurisdicción contencioso administrativa que sin embargo excluye la materia penal. Excluida así tal materia de nuestro ámbito debemos preguntar y analizar cuáles son los efectos que la apertura de esta causa tendría sobre la propia causa contenciosa. Por tanto debemos acudir al carácter supletorio que tiene la ley de enjuiciamiento civil ex. art. 4 LECiv, lo que nos permite utilizar el art. 40.2 LECiv que determina la suspensión del procedimiento en curso toda vez que se ponga de manifiesto un hecho con apariencia de delito o falta perseguible de oficio en el caso de concurrir un doble requisito: por una parte la prueba de existencia de la causa criminal; y, por otra, la posible influencia decisiva de la decisión de la jurisdicción penal sobre el asunto sobre el que se pretende predicar la prejudicialidad.

Como señala la STS de 1 de julio de 2010: *Se puede considerar que una pretensión es prejudicial respecto a otra cuando deba decidirse antes que ella porque la resolución que recaiga ha de tenerse en cuenta en la resolución impugnada, o por decirlo con palabras del artículo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en cuanto a las*

¹⁵ En este mismo sentido las SSTS de 28 de Marzo de 2006 y la de 27 de Noviembre de 2009.

cuestiones administrativas, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea razonablemente imposible su separación. Al respecto añade el TSJ de Murcia en sentencia 201/2012 que cuando se trata de prejudicialidad penal planteada ante la jurisdicción contencioso administrativa, es preciso que coincidan los hechos objeto de enjuiciamiento en vía criminal con los que sirven de fundamento a las pretensiones de las partes ante otras jurisdicciones, según viene a exigir el art. 40.2 1.ª LEC. A fin de comprobar tal coincidencia es preciso que la Sala ante la que se alegue dicho obstáculo procesal cuente con los elementos probatorios de los que pueda deducir la identidad que afecta a los hechos de ambos procesos.

Conocida la concurrencia del primero de los requisitos de la LECiv. en el fundamento jurídico anterior, procede el examen de la concurrencia del segundo. Al respecto de ello, podemos afirmar la existencia de prejudicialidad penal en el caso de ser apreciada la posibilidad razonable de actividad delictiva en los términos del art. 40.1 LECiv puesto que, bajo un supuesto de condena por los delitos que se imputan, ello podría causar un efecto de contradicción entre la sentencia en el ámbito de lo contencioso que resultase contraria a la pretensión de la actora y aquella de la jurisdicción penal, puesto que, de conformidad con el art. 62 de la Ley 30/1992 la producción normativa de la administración dictada a consecuencia de una infracción penal o constituyendo una de éstas será nula de pleno derecho.

DÉCIMO: Derecho moral del arquitecto.

Se examina en el presente fundamento la posibilidad de existencia de un derecho moral del arquitecto, así como la compensación económica que pueda derivarse de su lesión y la relación de esta última con la adscripción al personal de MADESA del artista.

Al respecto de lo anterior, en primer lugar, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bizkaia 543/2007 a propósito del Zubi Zuri de Santiago Calatrava, efectúa un balance entre los intereses particulares y los públicos a partir de la modificación operada sobre una obra realizada conforme a Derecho, lo que nos permitirá dimanar cuáles deban ser las consecuencias en un caso más extremo, donde la modificación de la obra es irregular: *El Código Civil regula la propiedad en el Título II ", de su Libro II (...). Tras definir el concepto de propiedad en el art. 348 como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, entre las que destaca por su relevancia la función social que ha de cumplir conforme al art. 33.2 de la Constitución, dedica un título específico, el IV, a las que denomina "propiedades especiales", reservando el Capítulo III a la propiedad intelectual. (...) La Constitución ha reconocido en su art. 20.1.b) el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, concediendo relevancia constitucional que no puede ser desconocida. También forma parte de nuestro acervo jurídico por la vía del art. 10.2 de la Constitución, en tanto que reconocido por numerosos convenios y tratados internacionales signados por España. Además el art. 10.2 de la Constitución menciona expresamente que los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo art. 47 dispone que cada uno tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales derivados de toda protección científica, literaria o artística de la que es autor.*

En el Derecho común, continúa el Tribunal, *el art. 428 el Código Civil establece que el autor de una obra literaria, científica o artística tiene el derecho a explotarla y*

disponer de ella a su voluntad. El siguiente precepto remite a las previsiones de la Ley de Propiedad Intelectual para determinar las personas a quien corresponde ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. Pero declara de nuevo su carácter supletorio en lo que no prevea.

Vista la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, se puede concluir que no integra ninguna prescripción relativa a los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas; así, podría entenderse la figura del proyectista como autor del proyecto de edificación, documento que, por sus características técnico-formales, es la concreción del concepto de obra previamente expresado en papel por el artista y que posteriormente será ejecutado en forma de obra; es una parte del todo de la obra. Por su parte, el RDL 1/1996 en una interpretación *in totum* de los artículos primero y decimocuarto, nos permite dimanar una relación de propiedad intelectual del arquitecto con respecto a la obra construida, de lo cual brota una serie de derechos, y así lo corrobora BERCOVITZ¹⁶ cuando expresa *que el art. 14 reconoce a los autores de cualquier obra una serie de facultades morales que son irrenunciables e intransmisibles. Los autores de obras arquitectónicas ostentan, en consecuencia, los derechos contenidos en el citado precepto, que son los de divulgación, paternidad, integridad, modificación, arrepentimiento y acceso al ejemplar único o raro de la obra.*

En segundo lugar, los arquitectos pueden crear obras arquitectónicas en cumplimiento de un contrato laboral. Tales contratos de trabajo, señala BERCOVITZ, *ya sean indefinidos, ya sean temporales para la realización de obras determinadas, pueden contener cláusulas relativas a la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras realizadas. Puede pactarse que todas las obras en cuya creación participe el arquitecto junto con otros trabajadores de la empresa se calificarán como obras colectivas o puede pactarse una cesión de los derechos de explotación al empleador, con mayor o menor alcance.* Si se acude al art. 51 LPI se encuentra la mención a la transmisibilidad de los derechos del empleado, que es el autor, al empleador; conforme a lo preceptuado en el primer inciso: *la transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.* En definitiva, se estará a lo que se haya pactado por escrito con respecto a tal cláusula de cesión de derechos.

Ante la inexistencia de tal pacto explícito al respecto de los derechos que se refieren en el párrafo anterior, el art. 51.2 TRLPI establece que *se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.* El art. 51.3 precisa el alcance de la cesión, cuando establece que *en ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores.* Del tenor literal de estos dos BERCOVITZ colige que *en defecto de pacto, se presumen cedidos en exclusiva al empleador los*

¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Los Derechos de Propiedad Intelectual sobre las obras arquitectónicas.* Dictamen para el Colegio Oficial de Arquitectos de Coruña.

derechos estrictamente necesarios¹⁷ para el desarrollo de la que fuera su actividad habitual en el momento en que el autor le entregara la obra realizada en cumplimiento de su contrato de trabajo. Serán, como regla general, los necesarios para ejecutar la obra proyectada y, en su caso, promocionar su venta o alquiler total o parcial. Para otras modalidades de explotación, será preciso el consentimiento del autor.

En todo caso, y con independencia de quien sea el titular de los derechos, el art. 14.4 TRLPI según afirma el mencionado civilista presenta *un derecho de integridad* que habilita al autor para *exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación*. Así, no podemos afirmar que toda alteración suponga un daño al derecho de integridad, sino que serán aquellas modificaciones que tengan efecto sobre los legítimos intereses o la reputación del artista. Tales intereses del autor se entenderán legítimos toda vez que, como señala BERCOVITZ *hay un interés preponderante que justifique la modificación o destrucción de la obra. En el ámbito de las obras arquitectónicas, es más frecuente que en otros casos que la modificación o destrucción de la obra esté justificada por los intereses de terceros, ya sea del promotor que ha encargado el proyecto (para adecuarlo a la normativa urbanística, por ejemplo, o para corregir disfuncionalidades) o del propietario ordinario de la construcción ya realizada (ampliaciones, restauraciones...)*. De hecho, *el carácter funcional de este tipo de obras aconseja la limitación del derecho de integridad tanto durante la ejecución de la obra como una vez que está terminada. En cualquier caso, para determinar si la alteración o la destrucción de una obra arquitectónica atentan contra el derecho de integridad del autor, habrá que estar a las circunstancias concurrentes*. Esto es, como han señalado las directrices del COAM, *que la normativa de edificación y urbanismo condiciona y limita severamente el teórico derecho del arquitecto sobre su obra. Estas normas de derecho e interés público prevalecen sobre las normas privadas que atribuyen derechos de propiedad intelectual¹⁸*.

Lato sensu, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 13 de octubre de 2004 apunta algunos criterios a tener en cuenta a la hora de determinar si la alteración o destrucción de una obra arquitectónica ya construida lesionaba el derecho moral de su autor: *Hay que reconocer que la concurrencia de ambos derechos (propiedad ordinaria sobre la edificación y derecho moral de autor sobre la obra arquitectónica), en cuanto que la integridad de la obra constituye un límite al dominio del propietario material del soporte, puede originar una colisión de intereses, el del autor que puede pretender legítimamente que se respete su creación y el del titular del medio en que se ha plasmado la obra a quien puede interesar su modificación, cuestión muy discutida por la doctrina ante la insuficiente regulación legal existente, sobre todo cuando se trata de obras (...) en las que se da una unión indisoluble entre la obra y su medio de expresión,*

¹⁷ Así, por ejemplo, si el empleador es un estudio; éste podrá aquella utilizar la obra para cualquier actividad que viniera desarrollando en el momento de su entrega. Ahora bien, si el empresario es un promotor, capaz que será menor el alcance de los derechos cedidos, siendo éstos *los necesarios para ejecutar la obra proyectada y, en su caso, promocionar su venta o alquiler total o parcial. Para otras modalidades de explotación, será preciso el consentimiento del autor.*

¹⁸ Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, *Temas de ayuda a la Profesión: Propiedad intelectual*; http://www.coam.org/pls/portal/docs/PAGE/COAM/COAM_AYUDA_PROFESIONAL/PDF/3_propintelectual_web.pdf

aunque se viene considerando que el derecho de propiedad en tal caso estará limitado por el respeto al derecho moral del autor; (existe) la necesidad de barajar distintos criterios para su resolución atendiendo, entre otros, a las características del objeto que sirve de soporte a la obra, tales como el lugar de ubicación, naturaleza, carácter único del ejemplar, conocimiento público de la modificación de la obra, condición de las personas (públicas o privadas) que ostentan la condición de propietario, dolo o culpa en la actuación del titular, o concurrencia de causas exoneratorias de la responsabilidad que pudieran legitimar su proceder, entendiéndose por tales aquellos motivos legítimos que patenten una necesidad objetiva de modificar el soporte, defendiéndose en algún caso la posibilidad de alteración o modificación siempre que se respete el espíritu y estilo de la obra.

En suma, colegimos que no cabe protección de los derechos derivados de la propiedad intelectual de la obra realizada sea cual fuere el titular de los mismos, puesto que éstos se encuentran sometidos a la modulación de los intereses generales a través de la normativa urbanística y la afectación que pueda producirseles trae causa del incumplimiento de la normativa urbanística, conocimiento técnico que se supone en un profesional de la arquitectura. Por lo tanto, supone un ejercicio del Derecho en los términos del art. 7.2 CC, que se proscribe. De este modo, no procede considerar la existencia de acción que pueda enervar el artista o el eventual titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra; no resultando tampoco procedente la compensación económica.

Examinados los ANTECEDENTES sometiéndoles a Derecho en los FUNDAMENTOS expresados, sin perjuicio de las opiniones entonces vertidas, se formulan, a modo de síntesis para su recepción por el Tribunal, la siguientes CONCLUSIONES que se correlacionan con aquéllos:

PRIMERA.- Se considera que ha existido una situación de fuera de ordenación total del edificio en todo momento temporal incluyendo la realización de las obras, circunstancia que determina la ilegalidad de las modificaciones realizadas sobre tal construcción de conformidad con lo expresado en el planeamiento urbanístico. Resulta de aplicación la Ley 1/1997 *ex. art.* 58.2 y 58.3 así como el art. 103 de la 9/2002 así como la doctrina jurisprudencial mayoritaria que sostiene la situación de inicial fuera de ordenación como un límite infranqueable, donde toda actuación se orienta a la adaptación al diseño urbano existente en la zona y querido por el planeamiento o bien con el fin de compatibilidad la situación *extra ordinem* con los derechos de todos aquellos que posean un derecho real sobre el edificio.

SEGUNDA.- La modificación del planeamiento urbanístico con el fin de dar cobertura a las obras realizadas que no tienen cabida bajo los términos de la consolidación sino de la mejora y reforma (reestructuración) de acuerdo a lo preceptuado por la Ley 9/2002 es nula de pleno derecho por cuanto constituye una reserva de dispensación, proscriba en la norma, rebasando los límites del *ius variandi*, que se ha reconocido como una exigencia del interés general en atención a la necesidad de dar respuesta a eventuales circunstancias sobrevenidas en el desarrollo de la urbe; una respuesta que ha de ser

racional en relación a *nuevas decisiones urbanísticas, la correcta valoración de las situaciones fácticas, la coherencia de la utilización del suelo con las necesidades objetivas de la comunidad, la adecuada ordenación territorial y el correcto ajuste a las finalidades perseguidas*. Tal conducta supone, además, incurrir en desviación de poder ex. art. 70.2 LJCA puesto que la Administración Pública se encuentra persiguiendo un propósito extraño a cualquier defensa de los intereses generales, en particular, existe una desviación teleológica en relación a los fines que presiden la actividad de ordenación urbana y que consagra la Ley aplicable.

TERCERA.- Visto el art. 18.2 LOPJ y el 103.1 y 2 LOPJ en relación con el 7.1 existe, y así lo ha confirmado abundantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, existe un deber de ejecución de las sentencias en sus propios términos. Con respecto al objeto del informe, tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene formalmente el ordenamiento, la nulidad de las mismas comporta la obligación de demoler lo ilegalmente construido. Esta restauración de la legalidad podrá realizarse por tres vías: (a) Demolición únicamente de lo ilegalmente construido; (b) en caso de no resultar viable técnicamente proceder a la solución (a), entonces se podrá optar por la demolición completa del inmueble para su posterior levantamiento con pleno acomodo a la norma.

CUARTA.- Considerada la solución de restauración la legalidad urbanística que figura en el fundamento anterior por la inviabilidad técnica para realizar la demolición parcial, se somete a juicio de proporcionalidad el cumplimiento del fallo como paso previo a la posibilidad de apertura de un incidente de imposibilidad material de ejecución. Se somete así a un triple juicio de utilidad, necesidad y proporcionalidad *sensu stricto*. Con respecto al primero, se plantea la idoneidad del fallo en relación con el fin que preside la norma de aplicación, esto es, la adecuación toda situación de fuera de ordenación evitando que se incremente, lo que constituye un límite infranqueable donde las actuaciones a realizar sobre los edificios en dicha situación han de perseguir su adaptación en lo posible al diseño urbanístico querido por el planeamiento; en relación al segundo, ha de ser el menos lesivo con respecto de todos los disponibles, debiendo restaurarse la legalidad a través de la solución técnica que genere una menor afectación sobre los derechos concurrentes que resultan afectados; en tercer lugar, la proporcionalidad en sentido restringido determina una adecuación entre el sacrificio exigido y el beneficio o interés afirmado tras la ejecución, de suerte que aquél no conlleve una carga de todo punto desproporcionada, bien en comparación con el beneficio inherente al derecho que la sentencia tutela, bien por comparación entre lo ilegalmente construido y lo que se acomoda a la legalidad. Este último elemento del chequeo de proporcionalidad es el que puede derivar en una consideración de posible desproporción, puesto que resulta notablemente mayor el porcentaje de edificio en situación legalizada frente a lo declarado ilegal, de suerte que con una demolición total encontramos injustamente lesionados todos los derechos que dimanar de la proporción conforme a Derecho.

QUINTA.- Se considera la posibilidad de promover un incidente de imposibilidad de

ejecución de la sentencia por causas materiales, a saber: la imposibilidad de restaurar la realidad física alterada y la falta de habilidad técnica para proceder simplemente al derribo de una parte del edificio sin que se comprometa la estabilidad de la estructura. Al respecto, se opone la consolidada y, por otra parte, moderna línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que sostiene que se debe cumplir con el fallo de la sentencia, derribar el edificio y volver a levantarlo de modo ajustado a la legalidad. No se aprecia la concurrencia de causas legales que imposibilitan la ejecución de la sentencia.

SEXTA.- Los derechos de terceros de buena fe afectados que sufren una lesión patrimonial que al ser consecuencia directa de un funcionamiento incorrecto de la administración debe ser indemnizado de conformidad con el art. 106.2 CE que se desarrollado en la Ley 30/1992 *ex. arts.* 139 y ss. Se pueden distinguir, no obstante, dos modalidades de responsabilidad en función del sujeto perjudicado: la que se tiene frente al titular de la licencia anulada y la que puede surgir a favor de terceros afectados por haber comprado alguna de las viviendas que deben derribarse. El promotor tiene el derecho de forma directa contra la administración como titular de la licencia, mientras que los compradores de las viviendas podrán reclamar por la vía civil al vendedor de la vivienda el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos derivados por la pérdida de su vivienda y, posteriormente, el vendedor podrá repercutir la indemnización abonada a la administración que aprobó la licencia anulada.

SÉPTIMA.- Visto el art. 78.3 LRBRL y el 145.2 se esgrime la posibilidad de exigir responsabilidades al personal al servicio de la administración local por haber realizado un hecho con dolo o culpa grave que derivan un deber de indemnizar a un administrado por el funcionamiento anormal de la administración

OCTAVA.- Se aprecia la concurrencia de los elementos necesarios para fundamentar la imputación objetiva de un delito de prevaricación especial del art. 320 CP puesto que se trata de una resolución que resulta contraria a la norma por incurrir en una reserva de dispensación y haberse producido en desviación de poder. Tales conductas pueden calificarse de ostensiblemente contrarias a Derecho y merecedoras del sometimiento a la jurisdicción penal por cuanto vulneran principios constitucionales en la actuación de las Administraciones Públicas *ex. art.* 103 CE y muy especialmente el principio de legalidad, entendiéndose cumplido también el requisito de subjetividad ante la conciencia evidente de realización de una situación materialmente injusta por contraria a la normativa aplicable y el deber del funcionario de conocimiento de la misma.

Se excluye la imputación de un delito del art. 319 CP.

NOVENA.- Considerando que existen criterios suficientes, como se ha expuesto en el fundamento precedente, para argumentar la posible imputación objetiva, el art. 4 LECiv, en relación con el art. 40.2 LECiv determina la suspensión del procedimiento en curso toda vez que se ponga de manifiesto un hecho con apariencia de delito o falta perseguible de oficio en el caso de concurrir un doble requisito: por una parte la prueba de existencia de la causa criminal; y, por otra, la posible influencia decisiva de la decisión de la jurisdicción penal sobre el asunto sobre el que se pretende predicar la

prejudicialidad. Así, un supuesto de condena por los delitos que se imputan, ello podría causar un efecto de contradicción entre la sentencia en el ámbito de lo contencioso que resultase contraria a la pretensión de la actora y aquella de la jurisdicción penal de conformidad con el art. 62 de la Ley 30/1992

DÉCIMA.- Vistos el 47 DUDH, 20.1.b) CE, 428 ;14 y 51 LPI, que reconocen los derechos de propiedad intelectual del arquitecto o su empleador, colegimos que no cabe protección de los derechos derivados de la propiedad intelectual de la obra realizada sea cual fuere el titular de los mismos, puesto que éstos se encuentran sometidos a la modulación de los intereses generales a través de la normativa urbanística y la afectación que pueda producirse trae causa del incumplimiento de la normativa urbanística, conocimiento técnico que se supone en un profesional de la arquitectura. Por lo tanto, supone un ejercicio del Derecho en los términos del art. 7.2 CC, que se proscribe. De este modo, no procede considerar la existencia de acción que pueda enervar el artista o el eventual titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra; no resultando tampoco procedente la compensación económica.

Es este mi Dictamen, que con gusto someto a otro mejor fundado en Derecho, y que doy y firmo en Coruña a diez de Febrero de dos mil quince.

MANUEL DIAZ PEREZ

BIBLIOGRAFÍA

BARNES, J. *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*.

http://www.uhu.es/javier_barnes/Other_Publications_files/Aproximacion%20al%20principio%20de%20proporcionalidad%20en%20el%20derecho%20comparado%20y%20comunitario.PDF

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Los Derechos de Propiedad Intelectual sobre las obras arquitectónicas*. Dictamen para el Colegio Oficial de Arquitectos de Coruña.

Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, *Temas de ayuda a la Profesión: Propiedad intelectual*;

http://www.coam.org/pls/portal/docs/PAGE/COAM/COAM_AYUDA_PROFESIONAL/PDF/3_propintelectual_web.pdf

DOMÈNECH PASCUAL, G. *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso*. InDret , Barcelona (2008) p. 8

FGE, circular núm. 7/2011 de 16 noviembre. JUR 2011\395480

GEIS CARRERAS, G. *La ejecución de sentencias urbanísticas*. Universidad de Girona, 2008.

MARTÍNEZ USEROS, C. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Seix. Voz: “desviación de poder”

MORENO GRAU, J. *Restablecimiento de la Legalidad Urbanística*. El Derecho, Francis Lefevre, 2010. http://www.elderecho.com/administrativo/Restablecimiento-legalidad-urbanistica_11_187180002.html

QUINTANA REDONDO, C. Desviación de poder, doctrina del Tribunal Supremo. Colaboración, Ministerio de Justicia, núm. 519 (*circa* 1958).

NORMATIVA CITADA

Constitución Española de 1978

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

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

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

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

Ley 1/1997 del Suelo de Galicia

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

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

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 15 de Julio de 2015).

Ley 9/2002 de Galicia

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último

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

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Supremo

Auto de 5 de abril de 1990, RJ 1990\3639

Sentencia de 16 mayo 1990. RJ 1990\4167,

Sentencia de 13 de diciembre de 1990

Sentencia de 18 febrero 1992. RJ 1992\2904

Sentencia de 20 de abril de 1995 RJ 1995\3898

Sentencia de 3 enero 1996. RJ 1996\22

Sentencia de 1 de abril de 1996 RJ 1996\3759

Sentencia de 2 de marzo de 1996

Sentencia de 16 de diciembre 1996

Sentencia de 23 de abril 1997 RJ 1997\3262

Sentencia de 23 de abril de 1997 RJ 1997\3263

Sentencia núm. 61/1998 de 27 enero. RJ 1998\98

Sentencia núm. 1/1998 de 23 mayo. RJ 1998\4256

Sentencia núm. 766/1999 de 18 mayo. RJ 1999\3823

Sentencia núm. 1526/1999 de 2 noviembre. RJ 1999\8091

Sentencia de 21 diciembre de 1999. RJ 1999\9436

Sentencia de 14 de Marzo de 2000 RJ 2000\9963

Sentencia de 27 julio 2001. RJ 2001\8327

Sentencia de 16 de mayo de 2002

Sentencia de 12 diciembre. RJ 2002\67053

Sentencia de 3 de junio de 2003

Sentencia de 22 julio de 2005

Sentencia de 28 de marzo de 2006

Sentencia de 12 mayo 2006. RJ 2006\3646

Sentencia de 27 junio 2006. RJ 2006\8478

Sentencia de 4 de octubre de 2006

Sentencia de 30 octubre 2008. RJ 2008\7829

Sentencia de 1 de Julio de 2010 RJ 2010\5995

Sentencia de 9 julio 2009. RJ 2010\471

Sentencia de 17 noviembre 2010. RJ 2011\1

Sentencia de 29 diciembre 2010. RJ 2011\1066

Sentencia de 11 mayo 2012. RJ 2012\6663

Sentencia núm. 340/2012 de 30 abril. RJ 2012\5975

Sentencia de 7 de Julio de 2014 RJ 2014\4017

Tribunales Superiores de Justicia

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sentencia de 28 de junio de 2006

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia núm. 1850/2001 de 20 diciembre

TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 1358/2009 de 20 noviembre. RJCA 2010\193

Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia núm. 201/2012 de 24 febrero. JT 2012\274.

Audiencias provinciales

AP Guadalajara (Sección 1ª), sentencia núm. 56/2003 de 13 octubre. AC 2004\369

MANUEL DÍAZ PÉREZ

AP Vizcaya (Sección 4ª), sentencia núm. 187/2009 de 10 marzo. AC 2009\225

Juzgados de primera

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bizkaia núm. 543/2007