



UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de fin de Grado

Ejecución de sentencia en materia de reposición de la legalidad urbanística

Autor: Diana E. Gómez Marrero

Tutor: Dr. Gonzalo A. Barrio García

Curso 2014-2015

ÍNDICE

- Presentación del supuesto de hecho.

- 1. **Valoración de la situación del edificio rehabilitado, en particular habida cuenta:** (Páginas 1-13)
 - A. Su eventual situación de ``fóra de ordenación`` (1-3)
 - B. La modificación puntual del Plan posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo que permitiría su legalización. (4-9)
 - C. La naturaleza jurídica de la demolición ordenada por la sentencia del TSJG y sus repercusiones prácticas en especial en lo referente a la aplicación del principio de proporcionalidad. (10-13)

- 2. **Sobre la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas:**
(Páginas 14-19)
 - A. ¿Qué medios tienen a su disposición los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo para lograr la ejecución de las sentencias? ¿Cuáles deberían aplicarse al caso propuesto? (14-17)
 - B. Respecto a la concurrencia en el caso propuesto de causas de imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia. En el caso de que, finalmente, fuera declarada la imposibilidad de ejecutarse la sentencia ¿tendría Doña X.M.F derecho a ser indemnizada? (18-19)

- 3. **Sobre la posición jurídica de los propietarios de viviendas en el edificio afectado:** ¿Qué pretensiones podrían ejercitar?, y ¿por qué vías, en caso de que la sentencia fuera finalmente ejecutada? ¿Establecerías alguna diferencia entre los propietarios dependiendo del momento en que adquirieran la vivienda?
(Páginas 20-28)

- 4. **Sobre la posición jurídica de los vecinos de Eiravedra:** si el Ayuntamiento fuera condenado a satisfacer alguna indemnización, ¿qué acciones podrían ejercitarse para resarcir el erario municipal?
(Páginas 29-31)

5. **En caso de que alguno de los hechos indicados en el caso pudiera ser constitutivo de delito**, ¿qué tipos del Código Penal considerarías aplicables? Y ¿qué consecuencias tendría esta circunstancia sobre el proceso contencioso-administrativo?
(Páginas 31-34)

6. **De derribarse el edificio**, ¿existiría una vulneración del derecho moral de autor del arquitecto? ¿Tendría éste derecho a una indemnización teniendo en cuenta que forma parte del cuadro personal de MADESA?
(Páginas 35-38)

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

TS	Tribunal Supremo.
TSJG	Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
PGOU	Plan General de Ordenación Urbanística.
CE	Constitución Española, 1978.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985.
CC	Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889.
CP	Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TRPI	Texto Refundido de la Propiedad Intelectual Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
LOUGA	Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural, de 30 de diciembre de 2002.
LRJAP	Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común Administrativo, de 26 de noviembre, de 1992.

SUPUESTO DE HECHO.

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

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

Tras la interposición del recurso, el 5 de febrero de 2003, el Ayuntamiento modificó el Plan Urbanístico a fin de dar cobertura legal a la obra, ya rematada, de rehabilitación del edificio del número 5 de la calle de La Fraternidad.

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

Dentro del plazo establecido en el artículo 89 LJCA, MADESA preparó recurso de casación ante la Sala del C-A del TSJG, interponiéndolo ante la Sala 3ª del TS de conformidad también con lo dispuesto en la Ley jurisdiccional. En síntesis, el recurso se funda en que la sentencia recurrida desconoce la doctrina jurisprudencial según la cuál la demolición es una medida excepcional, de aplicación restrictiva y sometida al principio de proporcionalidad, especialmente cuando, y según su opinión acontece en el caso de autos, la obra es susceptible de ser legalizada al abrigo de la modificación del Plan Urbanístico realizada por el Ayuntamiento de Eiravedra.

Sin embargo, por sentencia de 18 de noviembre de 2009, el TS desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia al considerar que la demolición de lo construido al abrigo de una licencia ilegal es la consecuencia natural de la anulación de la licencia y, por ser la única vía de restauración del orden urbanístico conculcado, no siendo de aplicación el principio de proporcionalidad.

Desde entonces, Doña X.M.F. viene reclamando, hasta el momento infructuosamente, la ejecución de la sentencia. Por escrito de 10 de abril de 2012, el Ayuntamiento de Eiravedra promovió incidente a fin de que la Sala del C-A del TSJG declarara la sentencia inejecutable por imposibilidad material derivada de la imposibilidad de demoler las obras de rehabilitación sin derribar el edificio (dada la antigüedad de la estructura original del mismo) y de restaurar la realidad física alterada por las obras de rehabilitación dado que los materiales empleados para su realización ya no se encuentran en el mercado. Por auto de 20 de diciembre de 2012, la Sala del C-A del TSJG estimó el incidente y declaró la sentencia inejecutable por imposibilidad material. En concreto, el Auto considera que `` comparada a entidade das infraccións coemtidas coas consecuencias que producirá a demolición das obras de rehabilitación, hai que concluír que esa forma de execución é desproporcionada a respecto do fin perseguido e que, por conseguinte, concorre, un suposto de inexecución da sentenza por causa de imposibilida material``.

Mas este Auto fue revocado por el TS, tras ser recurrido en casación por Doña X.M.F.

Para el alto tribunal, que la demolición pueda afectar a la estructura del edificio solo requeriría realizar los reforzamientos necesarios, lo cual, en ningún caso, impediría ejecutar la sentencia.

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

1. Valoración de la situación del edificio rehabilitado, en particular habida cuenta:

A. Su eventual situación de ``fóra de ordenación``

A la hora de definir el concepto de fuera de ordenación debe tenerse en cuenta la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

El artículo 103 de dicho cuerpo legal define el concepto de fuera de ordenación y aclara que obras se pueden hacer en los edificios fuera de ordenación distinguiendo entre la fuera de ordenación, total o parcial.

Así en el número 1 del artículo 103 se alude al concepto de fuera de ordenación al referir *"1. Los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que resultaran disconformes con el mismo quedarán sometidos al régimen de fuera de ordenación."*

Por su parte los párrafos siguientes determinan las obras que se pueden ejecutar en edificios fuera de ordenación, según se trate de fuera de ordenación total o parcial.

Dice el artículo citado *"2. En las construcciones y edificaciones que queden en situación de fuera de ordenación por total incompatibilidad con las determinaciones del nuevo planeamiento sólo se podrán autorizar obras de mera conservación y las necesarias para el mantenimiento del uso preexistente. Salvo que en el planeamiento se disponga justificadamente lo contrario, en ningún caso se entenderán incluidas en la situación prevista en este apartado las edificaciones o instalaciones en suelo rústico que hubieran obtenido legalmente la preceptiva licencia urbanística y que se hubieran ejecutado de conformidad con la misma. 3. En las construcciones sólo parcialmente incompatibles con el nuevo planeamiento se podrán 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."*

Cuando se habla de edificaciones que se encuentran fuera de ordenación se refiere a todas aquellas que se encuentran dentro de alguno de estos supuestos:

- Edificación ejecutada con licencia pero que se encuentra en una zona en la que un cambio de planeamiento modifica las condiciones de ocupación, edificabilidad o cualquier otra circunstancia que haría inviable otorgar una licencia a aquella.
- Edificación ejecutada sin licencia una vez transcurrido los plazos para que la Administración pueda ejercer sus potestades de disciplina urbanística.

A este respecto (ejecutada sin licencia) procede aclarar que la licencia declarada nula es ineficaz, siendo su ineficacia intrínseca y por ello no produce efectos jurídicos *ab*

initio, esto es, desde su nacimiento, por lo que cabe decir que el acto nulo es ineficaz de origen.

Dicho de otro modo los efectos de la nulidad de la licencia son *ex tunc* (a diferencia de los efectos de la anulación: *ex nunc*), es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó el acto (en este caso la licencia) o la disposición declarada nula. Y es que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado en el derecho administrativo la regla general es la de la eficacia *ex tunc* de la anulación.

La situación de nuestro edificio no entra en ninguno de los supuestos anteriores; en primer lugar, fue ejecutado gracias a una licencia otorgada por el Ayuntamiento de Eiravedra (eso si después anulada judicialmente) pueda ejercer sus acciones.

En caso de que el edificio se encontrara en una de estas dos situaciones su destino sería en principio el derribo, pero, dada las consecuencias de obligar a los propietarios a demoler la edificación ya porque la misma fue legal en el momento de la construcción o bien porque transcurrieron los plazos de caducidad de la acción de reposición de la legalidad. Por ello se establece este peculiar régimen transitorio, permitiendo la subsistencia de la edificación hasta que la misma por el paso del tiempo termine por su ruina, si bien es verdad que la legislación urbanística prohíbe que en estas construcciones se realicen obras que aumenten el volumen de lo construido o que, puedan suponer alargar la vida útil del inmueble o en definitiva aumente el valor de expropiación. La edificación fuera de ordenación únicamente puede seguir utilizándose durante su existencia.

Y según el Tribunal Supremo (Sentencia de 13 de junio de 1980) *“sería contrario a toda lógica jurídica que, mientras el inmueble fuera de ordenación subsista, no desarrolle su aptitud como bien económico-social que es y, absurdamente, haya de estar condenado de modo irremisible a no prestar utilidad alguna”*

En relación con el régimen jurídico aplicable a los usos que se pueden llevar a cabo en los edificios fuera de ordenación, cabe plantearse la cuestión de si resulta posible desarrollar en tales edificaciones usos no contemplados o incluso contrarios al Plan pero que, sin embargo, no representaban ningún inconveniente en relación a la legalidad urbanística que se encontraba en vigor en el momento el que el edificio fue construido.

El Tribunal Supremo en sentencias como las de 11 de febrero de 1989 o 14 de febrero de 1994 se pronunció a favor de permitir que en estos edificios se desarrollasen los usos que estaban autorizados al tiempo de su construcción.

Para ello, el Alto Tribunal pone la condición de que la realización de tal uso no impida la ejecución del nuevo Plan Urbanístico *“Los edificios e inmuebles construidos y declarados fuera de ordenación como consecuencia de la modificación del Plan Urbanístico mantienen en tanto no se ejecute o impida el desarrollo de las nuevas previsiones potencialmente el uso autorizable según la normativa anterior (...) La imperatividad de los Planes de urbanismo (...) debe interpretarse en sentido acorde con la finalidad del ordenamiento, sin restringir el uso de las construcciones preexistentes acordes con la normativa anterior que no impida o dificulte la ejecución del Plan; ya que de entender inadecuado el uso permitido por la anterior ordenación se inferiría una lesión al derecho de propiedad no justificado por las exigencias dimanantes de la modificación introducida por el nuevo Plan”* (Sentencia de 11 de febrero de 1989).

En el mismo sentido `` *Se pretende evitar perjuicios económicos que supondrían para el propietario de un terreno mantenerlo sin rendir durante el tiempo, en ocasiones dilatado, que media entre la aprobación de un Plan y su ejecución, sin causar detrimento alguno a la obra urbanizadora proyectada*'' (Sentencia de 14 de junio de 1994).

En cualquier caso, el edificio de la calle de La Fraternidad, no está fuera de ordenación por no encontrarse dentro de ninguno de los supuestos que se marcan para que una edificación pueda considerarse que esté fuera de ordenación.

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

La licencia urbanística concedida por el Ayuntamiento de Eiravedra fue anulada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 12 de marzo de 2005 que determinó la nulidad de la licencia ordenando la demolición del edificio siendo confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de noviembre de 2009.

Esta sentencia salvo que se declare inejecutable por razones materiales (por ejemplo, que el derribo parcial cause el derribo total) o por razones legales (modificación del Plan Urbanístico o de la normativa legal aplicable que admite lo que antes no resultaba admisible) impondrá como consecuencia necesaria la demolición por carecer la obra construida de licencia (una vez la licencia ha sido anulada, podemos entender que la misma nunca ha existido).

La sentencia del TSJG entiende que la licencia debe ser anulada por no ser conforme a Derecho, ya que los ``patios interiores no tienen las dimensiones mínimas y por no incluir el número mínimo de plazas de aparcamiento exigidas, en ambos casos, por la normativa urbanística aplicable``.

En este caso no se planteó por el Ayuntamiento como causa de imposibilidad de ejecución de la sentencia una causa legal como sería la modificación del Plan Urbanístico sino una causa material.

``Por escrito de 10 de abril de 2012, el Ayuntamiento de Eiravedra promovió incidente a fin de que la Sala del Contencioso-administrativo del TSJG declarara la sentencia inejecutable por imposibilidad material derivada de la imposibilidad de demoler las obras de rehabilitación sin derribar el edificio (...)`` causa que, si bien fue acogida por el TSJG, el Tribunal Supremo la rechazó declarando definitivamente en este sentido.

No obstante, el Ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de dotar a la obra construida sin licencia o sin someterse a las condiciones de la licencia de una que permita su legalización.

A esto se le llama ``licencia de legalización`` que debe obtenerse dentro del denominado expediente de reposición de la legalidad urbanística que deberá, a instancia de los propietarios del edificio, empezar a tramitar el Ayuntamiento de Eiravedra.

El expediente de reposición de la legalidad urbanística lo inicia una Administración que habitualmente será el Ayuntamiento, en este caso, el de Eiravedra, para conseguir que las obras o edificaciones se adapten a la legalidad o, en caso contrario, se proceda a su demolición.

Una vez que se constata que existe un ilícito urbanístico, que en éste caso no son otros que las dimensiones de los patios interiores y la insuficiencia en el número de plazas de aparcamiento, se deberá de comprobar si la de edificación pese a ser ilegal puede ser legalizada (por acomodarse a las exigencias legales y a las del PGOU aplicables a la fecha en que se inicia el expediente de reposición de la legalidad urbanística) o su situación es total o parcialmente incompatible y hay que demolerla total o parcialmente.

Dicho expediente de reposición resulta aplicable tanto se traten de obras y actividades en ejecución (en la que se puede proceder a la acción de reposición de la legalidad durante las obras) como si se tratan de obras que ya están terminadas, como en el caso de nuestro edificio.

Obras terminadas se consideran a aquellas que se encuentren dispuestas para servir al fin al que estuviesen destinadas y en condiciones de ser ocupadas sin necesidad de obras complementarias de ningún tipo.

Una vez que los particulares presenten sus alegaciones es necesario que se emitan dos informes: uno técnico y otro jurídico que deben de responder a una cuestión fundamental cual es si las obras y el uso son o no legalizables y en qué condiciones podrían serlo.

Para el caso de que fueren obras/usos legalizables; la Administración habrá de requerir a los interesados para que en el plazo de 3 meses soliciten la preceptiva licencia de legalización de las obras ejecutadas y, en su caso, la autorización urbanística autonómica.

Para el caso de que fueren obras/usos no legalizables; ha de declararse que las obras ejecutadas sin licencia o sin autorización no son compatibles con el ordenamiento urbanístico y se ha de ordenar la demolición de las obras, el cese de la actividad y la restitución de la realidad física alterada al estado anterior en el que se encontraba antes de la realización de la obra.

Para el caso de que las obras no se ajustasen a las condiciones de la licencia o de la autorización autonómica; ha de ordenarse que se ajusten las obras a las condiciones de la licencia o de la autorización otorgada en el plazo de 3 meses, prorrogables otros 3 meses. Transcurrido el plazo sin que se hayan ajustado las obras a la licencia o a la autorización autonómica, se ordenará la demolición de la totalidad de las obras ejecutadas.

Demolición que deberá hacerse en período voluntario: el plazo fijado se encuentra en la orden de demolición y generalmente será de 3 meses; el plazo se encuentra regulado en el artículo 8 (*Resolución de 4 de febrero de 2015 por la que se da publicidad al Plan de inspección urbanística para el año 2015*) que regula la ejecución de las órdenes de demolición, en su punto 2 *''...deberá quedar suficientemente garantizada la ejecución de la demolición dentro del plazo que se fija por la Agencia, que en ningún caso será superior a 6 meses''*.

Obviamente recibida la orden de demolición se podría solicitar la suspensión de la ejecución mientras se tramita el recurso administrativo o el recurso contencioso-administrativo.

La suspensión por tanto se puede pedir, si se ha interpuesto un recurso administrativo (por ejemplo recurso de alzada que se interpone ante la propia administración) siendo de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su artículo 111 dice *" La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado"*

Dicho esto el mencionado precepto legal aclara que *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.*

Es más si se solicita a la Administración la suspensión y la Administración no contesta, resulta de aplicación el nº 3 del mencionado artículo cuando dice " *La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 42.4, segundo párrafo, de esta Ley.*

Si bien es verdad que para evitar perjuicios al interés público o de terceros el artículo 111 establece que " *Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado. Cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente. La suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.*

Al principio dijimos que la suspensión se puede pedir si se ha interpuesto un recurso administrativo (que es el que se ha interpuesto ante la propia administración) pero una vez que se ha cerrado la vía administrativa y el administrado recurre dicho acto ésta vez ante los Tribunales de Justicia, puede solicitar del Tribunal la suspensión de lo definitivamente acordado por la Administración.

Dicha posibilidad aparece recogida en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, concretamente en el artículo 129 que dice " *Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. 2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda. y en el artículo 130 que dice 1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.*

Si lo que se acordara por el Ayuntamiento fuera la orden de demolición (por entender que no cabe la legalización) y frente a esa orden se recurriera una vez más ante los Tribunales de Justicia, considero que cabría pedir ante el Tribunal la suspensión del acto administrativo que decreta la efectiva demolición .

A este respecto recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2001, que dice *“Pero al propio tiempo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que la demolición de un edificio implica por sí misma unos daños o perjuicios de imposible o difícil reparación (autos de 20 de diciembre de 1989, de 27 de septiembre de 1990 [RJ 1990, 7296] , de 6 de junio de 1990 [RJ 1990, 4810] , de 3 de enero de 1994 [RJ 1994, 164] , de 21 de enero de 1994 [RJ 1994, 171] –y los en él citados–, de 17 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9217] , etc.). Según esta jurisprudencia, «toda orden de demolición, en general, y específicamente, la atinente al domicilio familiar habitual, por su propia naturaleza, si se ejecuta prematuramente antes de la culminación del proceso pendiente en el que ha de decidirse acerca de su procedencia y legalidad, puede dar lugar, en el caso de quedar revocada posteriormente, a perjuicios de muy difícil reparación , toda vez que la demolición de un edificio o parte del mismo destinado a la morada familiar de su propietario, constituye una muy importante destrucción de riqueza material, implicando además una fuerte incidencia negativa en la convivencia normal de la familia y en las raíces psicológicas de las personas afectadas, que la destrucción de la propia vivienda lleva consigo, siempre de difícil reparación, independientemente de la mera entidad económica» (Sentencia de 12-11-1996 [RJ 1996, 8218])”*.

Otra sentencia a recordar por ser especialmente didáctica es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de abril de, que refiere *“La Sala no comparte la fundamentación jurídica del Juez a quo toda vez que nos hallamos ante una pieza separada de suspensión cautelar, relativa a una demolición, por lo que la ejecutividad de la misma, haría perder su legítima finalidad al recurso principal y causaría perjuicios al recurrente de imposible reparación. Tan sólo en los casos en que la demolición y el desalojo vengan fundamentados en motivos de salubridad o seguridad pública, los cuales no constan en el presente recurso, puede prevalecer la ejecutividad del acto administrativo objeto del recurso principal. En los restantes, razones de prudencia, aconsejan por el contrario, suspender cautelarmente el acto impugnado; y ello, sin que podamos analizar los motivos alegados por el recurrente que habrán de ser debatidos en el recurso principal, por exceder del ámbito de la medida cautelar”*.

En el caso de cumplirse voluntariamente la orden de demolición, esa voluntariedad se considera circunstancia atenuante de la responsabilidad y da derecho a una reducción del 80% del importe de la sanción que se impondría en el expediente sancionador, que como es sabido se da a mayores del expediente de reposición de la legalidad urbanística. En el caso de no cumplir la orden de demolición, se considera circunstancia agravante de la responsabilidad y procede acordar la ejecución por los medios de que dispone la administración municipal y que son:

- Ejecución forzosa. Mediante la imposición de multas coercitivas por importe de 1000 a 10000 euros, que se podrían reiterar hasta conseguir el cumplimiento de la orden de demolición.

- Ejecución subsidiaria. Ejecución por la Administración con cargo al obligado.

Si se considera que es posible la legalización del edificio, dentro del expediente de reposición de la legalidad urbanística deberá redactarse un nuevo proyecto técnico que debe resolver las dos exigencias a las que se refiere la sentencia del TSJG:

- a. Definir los patios interiores de manera que tengan las dimensiones mínimas y dotar al edificio de las plazas de garaje que exige la normativa.
- b. Justificar que merced a la normativa actualmente vigente (sea un nuevo Plan General, sea una nueva Ley) se puede conceder la licencia, sin que los patios tengan esas mínimas dimensiones (bien con carácter general o bien argumentando por ejemplo, que la normativa vigente prevé excepcionalmente que se pueda incumplir una exigencia general) y que el tema de las plazas se puede resolver de otra manera, sin ir más lejos, comprando plazas de garaje cerca del edificio y vinculándolas por escritura pública y constancia registral al edificio que aquí nos ocupa.

A este respecto debe decirse que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional defienden que la alteración del Plan General para dar cobertura a un edificio cuya licencia haya sido anulada por sentencia judicial, puede ser considerada en fraude de ley y en consecuencia puede aconsejar que el Tribunal que anuló la licencia no admita el argumento relativo a que el edificio es legalizable por acomodarse al nuevo PGOU y que *no procede la demolición porque sería irracional tener que demoler un edificio que se podría construir a fecha de hoy*.

Sabemos que la modificación del Plan por parte del Ayuntamiento se produjo el 5 de febrero de 2003, por lo que fue aprobada entre las fechas de presentación del recurso por parte de la recurrente y la fecha en la que la sentencia del TSJG anuló la licencia.

En Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2001, citada en la de 9 de noviembre de 2006, dijo: *“hemos de partir de que tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, como el 105.2 LRJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planteamiento derivado de la “potestas variandi” de la Administración Urbanística”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1999 y las en ella se citan).

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998, dice que no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización *ex post facto* de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo aunque no lo fueran con el anterior.

Es necesario que el TSJG llegue al convencimiento de que la modificación del PGOU no se hizo con el ánimo de evitar la ejecución de la sentencia, sino que responde a intereses públicos, como la mejora de planeamiento.

En el caso que nos ocupa existe algo más y es que tenemos que tener en cuenta una nueva Ley, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas que da margen para decir que la cobertura que da el nuevo Plan General

(y que no es suficiente, o podría no serlo, por si sólo para evitar ciertas demoliciones parciales) quedaría complementada por las posibilidades que da dicha Ley.

Llegado el caso, el TSJG puede decidir sobre si las facilidades de legalización que da el nuevo Plan General no deben ser tenidos en cuenta para legalizar el inmueble ya que la modificación pudo haber sido hecha en fraude de la sentencia.

No parece probable que si se concediese licencia al edificio y que como consecuencia de sobre todo la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas el edificio pudiera disponer de características no permitidas por la normativa que era aplicable a la fecha de la licencia anulada y aún a la fecha de la sentencia del TSJG por la que anuló la misma, el Tribunal dijese que se trata de un fraude, como si podría decir respecto de la modificación del Plan General hecha ex post a la fecha de la licencia anulada.

La dificultad estriba en el que la Administración al dictar una norma reglamentaria (el PGOU es un reglamento) actúa en ejecución de la ley, y aunque disponga de un margen mayor o menor de discrecionalidad, ésta puede ser controlada jurisdiccionalmente por diversos mecanismos entre los que se encuentra la desviación de poder.

Sin embargo, la ley (en este caso Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas) dotada de una relación de diversa misma naturaleza que la del reglamento.

A ese análisis específico de la posible vulneración de preceptos constitucionales dirigió la atención el Tribunal Constitucional en su sentencia 73/2000, en la que tuvo ocasión de pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad de leyes dictadas con el propósito de eludir la ejecución de una sentencia y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La ley autonómica en el supuesto analizado fue promulgada cuando se había dictado sentencia por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y mientras pendía de resolución recurso de casación.

Estima el TC que ``resulta difícil admitir que, por la modificación por el legislador de la normativa aplicada en el proceso de instancia mientras pende la resolución de un recurso contencioso-administrativo, la Ley cuestionada incurra en arbitrariedad, pues es claro que lo contrario supondría constreñir indebidamente la legítima opción del legislador de modificar, en todo o en parte, la regulación jurídica de una determinada materia o de un concreto sector del Ordenamiento; y conduciría, en última instancia, a la petrificación de cualquier régimen normativo tan pronto se hubiera dictado una sentencia aplicando el régimen jurídico precedente. De lo que resultaría, en suma, que el ordenamiento perdería el carácter evolutivo y dinámico que es propio de los sistemas normativos modernos``.

La modificación puntual del Plan posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo puede permitir legalización del edificio siempre que el TSJG no aprecie fraude en la modificación del Plan, o lo que es lo mismo que se modificó el Plan con el propósito de inyectar la sentencia.

C. La naturaleza jurídica de la demolición ordenada por la sentencia del TSJG y sus repercusiones prácticas en especial en lo referente a la aplicación del principio de proporcionalidad.

Aun así, y suponiendo que la orden de demolición resulte firme aún tenemos opciones de que la orden de demolición no acabe ejecutándose o, al menos, se ejecute de la manera menos gravosa. Nos referimos al principio de proporcionalidad.

“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” (Artículo 106.1 Constitución Española 1978).

La importancia de que este principio opere de manera tan importante en materia de restauración de la legalidad urbanística, es que las demoliciones son la última consecuencia de las potestades de protección de la legalidad urbanística que los Ayuntamientos poseen; es decir, suponen una medida excepcional y extraordinaria como remedio ante situaciones ilícitas.

De hecho, el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 16 de mayo de 1990 y 18 de febrero de 1992 lo argumenta de tal modo:

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 inspiren las normas (art. 1.4 del Título Preliminar del Código Civil) y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho (art. 103.1 CE). Y es claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de ejecutarse conforme a las exigencias de los principios. Uno de estos principios, reiteradamente invocado por la jurisprudencia, es el de proporcionalidad, que deriva claramente del art. 106.1 CE, que al dibujar el control jurisdiccional de la Administración alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican: aunque en ocasiones este precepto se ha entendido como una alusión a la desviación de poder, su sentido es mucho más amplio y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida.

En aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir entre varios medios utilizables y, con carácter excepcional y en relación con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que, aún existiendo un único medio, éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado con la finalidad de evitar aquellas demoliciones que, en estricta aplicación de la norma, vulneraría principios de justicia material.

Tengamos en cuenta también la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1993:

“El principio o criterio de proporcionalidad, congruencia y menor demolición, desarrollado por la jurisprudencia, pretende en su aplicación evitar la desarmonía que pudiera producirse entre la entidad o gravedad de la infracción cometida y las consecuencias dañosas que se derivan de la imposición de unas medidas de derribo desproporcionadas con dicha falta, resultando necesaria la ponderación de ambos factores bajo un criterio de proporcionalidad y congruencia, que debe actuar como

presupuesto legitimador de las medidas que en cada caso concreto se adopten. Igualmente es necesario indicar que la doctrina jurisprudencial viene entendiendo que procede la aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos supuestos en los que la entidad de la infracción no se corresponda con el rigor y los efectos de la medida de demolición dispuesta (SSTS de 1 de Julio y de 19 de Septiembre de 1981). No procederá, por tanto, la demolición en los casos en que se esté ante desajustes mínimos con la normativa urbanística de la construcción ilegal”.

Por tanto, y aunque unas obras no sean legalizables, no siempre tiene por qué ser la demolición la solución más adecuada, debiéndose ponderar otras circunstancias:

1. La entidad del objeto de la infracción, y la incidencia del mismo sobre el bien jurídico a proteger.
2. El estado de la construcción, y la cuantificación de los costos de las obras adicionales que supondría la demolición del elemento objetivo de la infracción.
3. La actuación de la Administración en el servicio público de inspección urbanística, en especial la vigilancia diligente de las actuaciones urbanísticas en sus fases iniciales, con el fin de evitar que se consoliden situaciones irreversibles.
4. La presencia de terceros adquirentes de buena fe.

Pero no sólo la doctrina y la jurisprudencia se pronuncia al respecto, sino que incluso existen normativas urbanísticas en las que se recoge una aplicación directa de este principio de proporcionalidad; por ejemplo el artículo 182.3 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, establece lo siguiente:

Reglamentariamente se establecerán los supuestos y condiciones en los que, con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad, quepa la legalización aún con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición.

Es necesario recalcar y advertir que el principio de proporcionalidad opera dependiendo de cada caso, como no puede ser de otra manera. Es decir, que no se puede hacer una afirmación categórica de que una orden de demolición per se es inejecutable, pero sí se puede afirmar que cada orden de demolición, y en relación a la ilegalidad ejecutada y en consonancia con los factores ya comentados, podrá ser ejecutada acabando con todo el patrimonio construido, podrá ser ejecutada parcialmente o, en el caso más extremo, acabará siendo declarada inejecutable en un proceso de ejecución de sentencia (supongamos el caso de una vivienda que no respeta el retranqueo legalmente establecido por algún metro de defecto, pero que no hay ningún otro parámetro urbanístico que incumple. En este caso, resultaría del todo desproporcionado la demolición total de la vivienda y, por otro lado, resultaría materialmente muy costoso – o incluso materialmente imposible- desplazarla para que cumpliera dicho parámetro).

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su Sentencia de 29 de marzo de 20000, a colación de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, expresa:

QUINTO.- La jurisprudencia en determinadas situaciones dulcifica el rigor en materia de demoliciones, como pone de manifiesto cuando existen circunstancias excepcionales que saliéndose de lo abstracto de la fría contemplación de la Ley, imponen atemperar el rigor de ésta para conducir a una solución que, sin olvidar la existencia de una

infracción por construcción no ajustada a licencia, al recordar que la misma ya fue objeto de sanción, permita mantener un estado de cosas que ya no afecta sólo al infractor sino a quienes de buena fe con él contrataron (TS S 9 Abr. 1985). Existe además una consolidada jurisprudencia sobre la materia de demolición, indicando que el principio de proporcionalidad ha sido configurado como un medio extraordinario de evitar derribos que procederían por una estricta aplicación de las normas urbanísticas, pero que pugnarían con los principios de justicia material, habida cuenta de que en la construcción, por la complejidad de su técnica, es fácil que, incluso de buena fe, se cometan errores que no deban perjudicar al conjunto de una obra que, globalmente, está dirigida al bien común y suponga una creación de riqueza mediante el esfuerzo del hombre (STS 25 Oct. 1989 y 16 Feb. 1993) recomendando que la drástica solución del derribo se administre con suma prudencia y cautela, y como medida extrema (STS 13 Abr. y 7 y 15 Jul. 1982, 2 Nov. 1983, 27 Dic. 1990 y S 16 Mar. 1992) añadiendo que la demolición de obras es siempre una destrucción de riqueza que puede resultar injustificada y que, salvo exigencias inmediatas del interés público, ha de evitarse (TS AA 24 Jul. 11 y 12 Dic. 1990), y que el principio de proporcionalidad, entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir con la demolición, significa el efecto de ponderar la trascendencia que tenga para el interés público la concreta infracción y la perpetuación de la misma, es decir, la diferencia que exista entre el simple desfase de lo permitido por la licencia y lo realmente construido (TS 27 Jun. 1983 y 28 Ene. 1987), no reputando procedente la drástica demolición, pues por ser extrema, impone la necesidad de ser aplicada con mesura y restrictivamente, a fin de evitar que con ella se origine un mal o resultado más grave que el producido por la discordancia entre lo autorizado y lo que se realiza, por lo que a aquélla ha de llegarse sólo excepcionalmente en casos verdaderamente límites (STS 15 May.1980, 25 Mayo 1982, 2 Nov. 1983 y 13 Dic. 1984), con la finalidad de no romper la deseada regla de la proporcionalidad entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir (STS 30 Jun. y 6 y 23 Nov. 1981), lo que conlleva a la necesidad de estar siempre al principio de no demolición (STS 17 Dic. 1974 y 8 Mayo 1980), ya que lo que legitima la intervención administrativa, conforme a los arts. 4 y 6 RSCL, es la congruencia entre su fundamentación y los fines que la justifican, condicionante del sometimiento a éstos que reitera el art. 106.1 CE (STS 28 Ene. 1987).

De todas maneras en el caso que nos ocupa en sede de antecedentes se deja constancia que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y el Tribunal Supremo optaron por no tener en cuenta el principio de proporcionalidad al menos en relación a la necesidad de ejecutar la sentencia.

Así en sede de antecedentes se dice " En síntesis, el recurso se funda en que la sentencia recurrida desconoce la doctrina jurisprudencial según la cuál la demolición es una medida excepcional, de aplicación restrictiva y sometida al principio de proporcionalidad, especialmente cuando, y según su opinión acontece en el caso de autos, la obra es susceptible de ser legalizada al abrigo de la modificación del Plan urbanístico realizada por el Ayuntamiento de Eiravedra. Sin embargo, por sentencia de 18 de noviembre de 2009, el TS desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia al considerar que la demolición de lo construido al abrigo de una licencia ilegal es la consecuencia natural de la anulación de la licencia y, por ser la única vía de restauración del orden urbanístico conculcado, no siendo de aplicación el principio de proporcionalidad. "

Cuestión interesante es si cabe a fecha de hoy y dentro del expediente de reposición de legalidad urbanística, reproducir el argumento al menos con pretensiones diferentes.

Cabría aplicar el principio de proporcionalidad no tanto para evitar la demolición parcial, sino para hacerla lo menos gravosa posible.

Esto exige preguntarnos ¿cuál es el momento procesal para alegar el principio de proporcionalidad y si cabe su reiteración?

Puede defenderse que desde que se inicia un expediente de restauración de la legalidad hasta que hipotéticamente se produzca una ejecución del acto administrativo, existen numerosos momentos procesales donde alegar el principio de proporcionalidad en relación a una posible demolición.

- En vía administrativa, frente a la orden de demolición.
- En vía judicial, en el contencioso-administrativo que se interponga al efecto.
- En vía judicial, en el contencioso-administrativo contra la ejecución subsidiaria de la orden de demolición.
- Por supuesto, y dependiendo de lo avanzado que se encuentre el procedimiento o proceso, se deberá invocar dichos preceptos en cualquier momento procesal en el que esté en juego la destrucción física de la cosa (por ejemplo, en un proceso de Autorización de entrada a domicilio, donde aunque el fondo del asunto no sea el de la ejecución de las obras, se deberá introducir en todo caso).

Es decir se podría intentar de nuevo y pese a lo que en su día dijo el TSJG y el TS.

Siendo las demoliciones la última consecuencia de las potestades de protección de la legalidad urbanística que los Ayuntamientos poseen; es decir, en la medida que suponen una medida *ultima ratio* ante situaciones ilícitas, teniendo en cuenta que las infracciones no afectan de manera grave al orden urbanístico (dimensiones de un patio), entiendo que el derribo del edificio es totalmente desproporcionado, sobre todo a la de la presencias de terceros adquirentes de buena fe ó el costo innecesario que supondría el derribo del edificio.

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

A ¿Qué medios tienen a su disposición los jueces y tribunales de lo Contencioso – Administrativo para lograr la ejecución de las sentencias? ¿Cuáles consideras que se deberían emplear en el caso propuesto?

Los artículos encargados de regular la ejecución de las sentencias recaídas en el proceso contencioso-administrativo son:

Con ello queda fijado el principio rector de toda ejecución, la norma primaria que dice cómo deben ejecutarse las sentencias dimanantes de los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, resoluciones que han de ser cumplidas en la forma y términos de que las mismas consignan, como preceptúa el artículo 18.1 LOPJ. Por lo que respecta al Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de julio de 2008 dijo: *“(...) el contenido de la ejecución de las sentencias debe extraerse de los términos en que se expresa el fallo de la misma (forma y términos de la misma), para alcanzar una determinada finalidad, que no es otra que conseguir el efecto pretendido en la declaración jurisdiccional, articulándose un amplio capítulo de medidas con la expresada finalidad y señalando en tal sentido la Ley que tales amplias medidas vienen determinadas por lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo”*.

Por ello, podemos entender que el contenido de la ejecución de las sentencias tiene una doble perspectiva:

- 1- el Tribunal y la Administración han de llevar a cabo una determinada actividad jurídica, transformadora de los mandatos jurídicos a cuya anulación se ha procedido;
- 2- carácter complementario, llevar a cabo una actividad de índole material, transformadora de la realidad material, consecuencia del anterior pronunciamiento de nulidad y de la consiguiente actividad jurídica complementaria.

En consecuencia, el contenido exacto de la ejecución de la sentencia dependerá de los distintos pronunciamientos que la misma pueda contener, sobre todo cuando se está en presencia de sentencias que tienen alguno de los contenidos estimatorios, a las que se refiere el artículo 71 de la LJCA.

En esta materia el Tribunal Constitucional contribuye con esta labor interpretativa diciendo en su Sentencia de 15 de diciembre de 1998: *“El punto central del debate, en orden a su se ha producido vulneración del derecho del demandante a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, integrante de la tutela judicial efectiva, estriba en determinar si los autos impugnados, dictados por la Sala sentenciadora, como Juez de la ejecución (...) se han apartado o no del significado y alcance de los pronunciamientos de la Sentencia de la que traen causa (...)”*

Para ello es necesario partir del examen de tales pronunciamientos que, plasmados en el fallo o parte dispositiva, son consecuencia de la fundamentación jurídica de dicha

resolución judicial, en una línea secuencial que une las alegaciones y pretensiones de la parte actora, con la fundamentación jurídica y argumentación que funda la sentencia, para desembocar en el fallo y concretos pronunciamientos en esta contenidos. La función jurisdiccional de decir el Derecho, presupuesto necesario de la ejecución, no permite una consideración aislada de cada uno de dichos momentos y actos procesales, sino que requiere su valoración unitaria o global, pues esta es la que permite extraer, con mayor grado de certeza, el genuino alcance y significación de las determinaciones del orden jurisdiccional y de los efectos jurídicos, de naturaleza formal o material, que deben producir aquellas. Debe recordarse, en cualquiera caso, que la efectividad de la tutela judicial en fase de ejecución, no se alcanza en tanto no se logre la prescripción contenida, para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (...)

Quiere todo ello decir, que para determinar cuáles son los propios términos de la sentencia, labor que corresponde al órgano judicial encargado de la ejecución no ha de acudirse única y exclusivamente al tenor de su fallo o parte dispositiva sino que es necesario acudir a su fundamentación y argumentación jurídicas que, a su vez, se encontrarán unidas a las pretensiones de la parte que formula el recurso con las que lógicamente habrá de ser congruente. Si el Juez o Tribunal con su sentencia otorgan la tutela pretendida por el recurrente, el contenido de la pretensión será decisivo en la determinación de los términos del fallo, así como fundamento de la ejecución''.

Por lo dicho podemos y debemos entender que la naturaleza jurídica del derecho a la ejecución de las sentencias es un derecho fundamental dejándolo patente así el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de mayo de 2007 que manifiesta lo que sigue: *''La ejecución de sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula del Estado Social y democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no solo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del artículo 117.3 de la Constitución española. A ello obedece que el Tribunal Constitucional reiteradamente haya declarado que la ejecución de las sentencias constituya no solo parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 CE reconoce, sino también (STC 167/87, de 28 de octubre) un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico''.*

Para el caso de que las obras fueran ilegalizables, sabemos que la única solución es la demolición.

Todos los acuerdos que se hayan alcanzado al respecto deberán notificarse a todos los interesados (incluido en este caso nuestra denunciante, Dña. X.M.F) dando un plazo para la ejecución de la demolición que, generalmente será de 3 meses; existiendo la posibilidad de suspender la ejecución.

Como la pregunta se refiere a los medios de los que disponen los Tribunales y para ejecutar las sentencias y no a los medios de los que dispone la Administración debemos hacer referencia a la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, dado el orden jurisdiccional que conoce del asunto.

Obviamente hemos de hacernos eco de que los obligados a cumplir la sentencia pueda cumplirla voluntariamente.

En este caso no es necesario recurrir a medio forzosa alguno, ya que la Administración Municipal que es la que debe cumplir con la obligación de restaurar la legalidad urbanística, se muestra dispuesta a ello y además dispone de sus propios medios.

Reiterando lo dicho no estará demás recordar que las multas coercitivas y la ejecución subsidiaria a costa del administrado son medios de los que dispone el Ayuntamiento, para si el expediente de reposición de la legalidad urbanística no terminara con la licencia de legalización que permitiera evitar la demolición, o si dicha licencia (realmente el nuevo PGOU en el que busca apoyo la licencia) fuera declarada por el Tribunal irrelevante a los efectos de evitar la ejecución de la sentencia.

Caso contrario, es decir cuando el Ayuntamiento no colaborase en orden a la demolición (con aquellos medios de los que dispone al objeto de obligar a la Comunidad de Propietarios que es en principio la que debe demoler) tenemos que hablar de ejecución forzosa, que se produce cuando debe intervenir el órgano judicial competente para la ejecución adoptando las medidas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para dar plena satisfacción a los derechos reconocidos en la resolución no cumplida.

A este respecto citar la LJCA en su artículo 108 que dice “ *1. Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento: a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto. b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada. 2. Si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento.*

La ejecución forzosa, de acuerdo con lo previsto por el artículo 108 LJCA puede pues consistir:

- a) En una ejecución realizada por el órgano judicial competente a través de sus propios medios.
- b) En una ejecución utilizando los medios que puedan requerirse, bien de las autoridades y agentes de la propia Administración condenada, bien, en su defecto, de otras Administraciones Públicas, en todo caso, con observancia de los procedimientos que se hallen establecidos al efecto
- c) En la adopción de cualquier medida que sea necesaria para el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido.
- d) En la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.

No es necesario recordar que el artículo 109 de la LJCA previendo conductas omisivas establece que *1. La Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia,*

podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y especialmente las siguientes: a) Órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones. b) Plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran. c) Medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir.2. Del escrito planteando la cuestión incidental el Secretario judicial dará traslado a las partes para que, en plazo común que no excederá de veinte días, aleguen lo que estimen procedente. 3. Evacuado el traslado o transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior, el Juez o Tribunal dictará auto, en el plazo de diez días, decidiendo la cuestión planteada.

El Tribunal podría optar entre una ejecución realizada a través de sus propios medios, o por utilizar los medios que puedan requerirse, de las autoridades y agentes de la propia Administración o por acordar la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración.

B. Respecto de la concurrencia en el caso propuesto de causas de imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia. En el caso de que, finalmente, fuera declarada la imposibilidad de ejecutarse la sentencia ¿tendría Doña. X.M.F. derecho a ser indemnizada?

A priori toda sentencia pronunciada por los Jueces y Tribunales debe entenderse por cumplida en los términos que la misma consigna. Sin embargo, en lo que se refiere al cumplimiento fiel del fallo, la realidad es muy diferente y son diversas las causas las que pueden hacer inejecutable una sentencia, ejemplo latente el de nuestro caso: ``Por escrito de 10 de abril de 2012, el Ayuntamiento de Eiravedra promovió incidente a fin de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJG declarara la sentencia inejecutable por imposibilidad material derivada de la imposibilidad de demoler las obras de rehabilitación sin derribar el edificio (dada la antigüedad del mismo)...``. En otro podría decantarse caso en defender en vez de una imposibilidad legal (como por ejemplo, el cambio del Plan Urbanístico).

En el caso de que la sentencia no se pudiera llevar a cabo, se recurre a la ejecución de sentencia por equivalente, la cual nace cuando por excepcionales y probadas causas materiales o legales no es posible llevar a efecto el pronunciamiento contenido en la sentencia, debiendo el órgano judicial sustituir la condena por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación. Dicho tipo de ejecución ja sido considerada de antiguo por el Tribunal Constitucional (Sentencia 58/1983, de 29 de junio) :``*Sin embargo, el artículo 24 de la Constitución y la consagración constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no alcanzan a cubrir las diferentes modalidades que pueda revestir la ejecución de una sentencia, pues, supuesto que la norma constitucional se cumple si la sentencia es efectiva y el derecho del ciudadano recibe satisfacción, hay que concluir que tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación. Desde este punto de vista resulta claro que el Ley de Enjuiciamiento Civil, las condenas de hacer y no hacer –y en algunas cosas las condenas de dar cosas específicas- según los artículos 919 y siguientes pueden transformarse, en el trámite de ejecución se sentencia, en prestaciones de cantidades pecuniarias, sin que pueda decirse que de esta manera viole la Constitución``.*

La posible concurrencia de causas de orden material o legal que impiden el cumplimiento fiel de las sentencias, ha sido recogida tanto por el artículo 18.2 LOPJ aplicable a todos los procesos judiciales en general, como particularmente y para el proceso contencioso-administrativo por el artículo 105.2 LJCA.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2010 da elementos de juicio al respecto se puede resumir bajo las siguientes ideas: la determinación de las cantidades que en concepto de indemnización corresponden a las partes no es una cuestión que pueda ser considerada como una ``*cuestión no decidida*`` en la sentencia y su fijación, por tanto, no es susceptible de ser impugnada en casación. Esto es así tanto cuando la sentencia condena el pago de una indemnización cuya cuantía se difiere a la fase de ejecución, como cuando declarada por resolución firme la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos, se proceda, entonces, a establecer la indemnización correspondiente ya que la sentencia no puede ser objeto de cumplimiento pleno. El Ayuntamiento recurrente pide que quien realizó la construcción cuya licencia fue

anulada judicialmente abone parte de la indemnización, pero a esta petición responde el Tribunal Supremo que es el Ayuntamiento el que dictó un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico que fue anulado en sentencia judicial firme, y fue también el mismo Ayuntamiento el que ha legalizado la obra ejecutada al amparo de un acto anulado porque dicho Ayuntamiento había aprobado un nuevo planeamiento que facultaba tal solución. De modo que a él, y sólo a él, le corresponde responder de las indemnizaciones derivadas del imposible cumplimiento de la sentencia firme.

Esta sentencia se hace eco de la posibilidad del cumplimiento por equivalencia, aclarando quién debe pagar la indemnización al decir ``Por lo demás, que la parte ahora recurrida, que realizó la construcción cuya licencia fue anulada judicialmente aunque posteriormente fuera legalizada la obra, abone parte de la indemnización como postula el Ayuntamiento recurrente, es una cuestión que tiene difícil encaje en este recurso de casación contra autor dictados en ejecución de sentencia que pretenden únicamente salvaguardar la indemnidad de la sentencia. Pero es que, además, es el Ayuntamiento el que dictó un acto administrativo –licencia de obras- contrario al ordenamiento jurídico que fue anulado en sentencia judicial firme, y fue también el mismo Ayuntamiento el que ha legalizado la obra ejecutada al amparo de un acto anulado porque dicho Ayuntamiento había aprobado un nuevo planteamiento que facultaba tal solución. De modo que a él, y sólo a él, le corresponde responder de las indemnizaciones derivadas del imposible cumplimiento de la sentencia firme``.

Dña X.M.F. si tendría derecho a ser indemnizada, siendo de descartar la importante dificultad que existe a la hora de fijar indemnizatorio, es decir, la fijación de los criterios que deben valorarse para determinar el importe de la indemnización.

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

¿Qué pretensiones podrían ejercitar?, y, ¿por qué vías, en caso de que la sentencia fuera finalmente ejecutada?

Dado que se trata de un caso de Derecho Administrativo me limitaré a decir que además de lo que se expone a continuación, los propietarios (si se ejecutase la sentencia) tienen el derecho a reclamar por la vía civil de la promotora, pudiendo exigir la resolución del contrato, lo que implica la recíproca devolución de las prestaciones (la Promotora deberá devolver el precio y los compradores el objeto comprado) pudiendo exigir los compradores además la correspondiente indemnización de daños y perjuicios y ello de conformidad con el artículo 1124 del C.C. que dice *“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”*

La responsabilidad contractual es aquella que resulta consagrada por los arts. 1146 y ss del Código Civil.

Esta responsabilidad surge cuando una de las partes contratantes no cumple con sus obligaciones nacidas del contrato. Obviamente MADESA no ha cumplido con la obligación de entregar los inmuebles con la debida licencia.

Y es que en este caso se cumplen los requisitos de la responsabilidad civil contractual:

- a. Un contrato válido
- b. Un hecho imputable al deudor contractual
- c. Una relación de causalidad entre el hecho imputable al deudor y el daño.

En este sentido citar la Sentencia Tribunal Supremo 584/2012 (Sala 1) de 22 de octubre cuando *"expresamente reconoce al comprador la acción de responsabilidad contractual por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de su obligación (artículo 1101 del Código Civil). A lo que debe señalarse, en el parecer de esta Sala, que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación no se resuelve o se agota en la mera obligación de entrega de la cosa y que, a su vez, la alegación del artículo 1258 del Código Civil, lejos de sujetar la eficacia del contrato a lo "expresamente pactado", la integra por derivación de normas jurídicas (ley o uso) o por derivación de reglas éticas (buena fe).*

Dicho lo anterior y desde la óptica administrativa en el caso de que la sentencia se ejecutara tenemos unos propietarios que se verían despojados de sus viviendas o de sus locales comerciales, pero, no quedarían desamparados ya que podrían exigir la responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento por el funcionamiento de sus servicios, quizás en este caso, deberíamos decir por *el mal funcionamiento de sus servicios* por haber autorizado una licencia que no cumplía las normas urbanísticas.

El artículo 106.2 de la Constitución Española establece:

Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La Constitución Española reserva al Estado la competencia exclusiva sobre “*el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas*” (artículo 149.1.18).

La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas se regula en el título X de la Ley 30/1992.¹

El artículo 139.1 de la LRJAP reproduce la previsión constitucional antes comentada con la precisión de que el funcionamiento de los servicios públicos que da lugar a la indemnización puede ser normal o anormal.

De esta manera, la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas se configura como una responsabilidad objetiva, con independencia de que haya mediado o no culpa o negligencia.

El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

Cuando la reclamación se derive de la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse manifestado el daño.

A este respecto citar la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de que con cita de la de sentencia de 21 de marzo de 2000 refiere que “*Esta Sala tiene, en efecto, declarado (sentencia de 4 de julio de 1990, entre otras muchas) que el principio de la "actio nata" impide que pueda iniciarse el cómputo del plazo de prescripción mientras no se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción*”.

En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2011, en cuanto refiere que “*La previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse siguiendo el principio de la actio nata, responde a la necesidad de no dar comienzo el plazo de prescripción cuando del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, que por ello no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, cual es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible o aquellos otros*

¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común desarrollado por el Real Decreto 429/1993.

ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen, mas no resulta de aplicación cuando el daño producido resulta previsible en su determinación, y por tanto, cuantificable, pese a que permanezca el padecimiento por no haberse recuperado íntegramente la salud o quedar quebrantada de forma irreversible. Previsión para el ejercicio de la reclamación que en lo que se refiere al daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, se especifica en el artículo 293.2 in fine de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que “El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse”.

Partiendo de esta premisa no puede admitirse la eventual alegación de prescripción, sobre todo a la vista de la interpretación restrictiva que, según reiterada jurisprudencia (por todas, v. la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2006, sobre el recurso 3304/2002), ha de hacerse de la norma de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial.

Por lo tanto sólo cuando se conozca el alcance de la demolición o la existencia de ésta nacerá la acción, computándose a partir de ese momento el año. Es decir, cuando se resuelva el expediente de reposición de la legalidad, que podrá determinar si el edificio es legalizable, si existe necesidad de ejecutar obra alguna, haciendo obras o decretando la imposibilidad de la legalización exigiendo la demolición.

Para que los propietarios afectados puedan exigir la responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento de Eiravedra por los daños causados según uniforme doctrina del Tribunal Supremo, se precisa de los siguientes requisitos a los que se refiere la jurisprudencia del Alto Tribunal que ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración.

Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio y de 15 de enero de 2008, que refieren que los requisitos en cuestión son los siguientes:

- 1. La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.*

Tenemos a un grupo de propietarios que se ven directamente afectados en caso de que se ejecute la sentencia y el porqué es que tendrán que enfrentarse al derribo del inmueble habiendo sido compradores de buena fe, *máxime*, todos aquellos que adquirieron antes del pronunciamiento de la sentencia.

Es necesario que el daño esté individualizado, esto es, en relación a una persona o grupo de personas; de tal manera, la STS de 7 de diciembre de 1982 establece que «... el daño ha de estar concretado en el patrimonio del afectado y que no constituya una carga común que todos los administrados tengan el deber de soportar», y que además, «ha de ser un daño que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar discriminadamente dentro del colectivo a que alcanza la gestión administrativa», lo que también declara la STS de 6 de febrero de 1994 según la cual «la lesión efectiva de los bienes y derechos de los particulares que genera la obligación de indemnizar a cargo de la Administración debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico que los afectados no tienen obligación de soportar, por no existir causa que lo justifique».

2. *La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.*

El daño viene causado por el funcionamiento anormal de los servicios públicos por haber otorgado un título habilitante para rehabilitar el edificio y haber dado por válidos los vicios que han hecho que la sentencia exija el derribo de la construcción.

3. *Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.*
4. *El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o el nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.*

Evidentemente no podemos apreciar dolo, culpa o negligencia en los propietarios que adquirieron de buena fe.

Este requisito, a nuestro entender, concurre en el presente caso toda vez que, como se ha expuesto en el presente trabajo, el daño derivado de la demolición deviene de la anulación de la licencia por los Tribunales de Justicia motivo por el cual no cabe duda alguna en afirmar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos antes referidos, y por ende, en apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial por parte del Ayuntamiento de Eiravedra.

Vistos los requisitos que deben concurrir para que prospere la exigencia de responsabilidad patrimonial a un Ayuntamiento, resulta necesario hacer una precisión fundamental para ciudadanos lesionados en sus bienes o derechos como para los Ayuntamientos demandados ante los Jueces o Tribunales por daños y perjuicios: la prueba es fundamental en materia de responsabilidad y por tanto conocer a quién incumbe esa prueba resulta crucial.

La carga de la prueba según el Tribunal Supremo se reparte de la siguiente forma:

1. La prueba es *la efectividad del daño* y de su evaluación económica corresponde al reclamante.
2. La prueba de que el daño se produjo a *consecuencia del funcionamiento* de un servicio municipal corresponde al reclamante.
3. La prueba de que el daño se produjo por causa de *fuerza mayor* corresponde al Ayuntamiento.
4. La prueba de que se produjeron *intervenciones extrañas* que anularon o afectaron al nexo causal corresponde al Ayuntamiento.

5. La prueba de que, en los casos relativos a licencias, concurrió *dolo, culpa o negligencia graves* imputables al perjudicado corresponde al Ayuntamiento.

Para los Tribunales la clave de la responsabilidad administrativa por el funcionamiento de los servicios municipales está en *el nexo causal entre daño y servicio*, tiene que existir una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el acto normal o anormal de la Administración Pública y el daño que ese acto ha producido, sin que intervengan extraños que pudieran influir en la alteración del nexo causal.

Esta es la razón por la cual la labor judicial en los procesos contenciosos sobre responsabilidad patrimonial a los Ayuntamientos se detenga en las circunstancias concurrentes en cada caso, que permita al Tribunal establecer la conexión entre acto y daño, sin necesidad de mayores construcciones doctrinales.

Si nos centramos en los supuestos indemnizatorios por daños derivados del otorgamiento de las licencias urbanísticas, habría que decir que aparecerían éstos en regulados en las letras c) y d) del artículo 35 del Texto Refundido de la ley de suelo²:

Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos

c) La modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística.

d) La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.

Esto es y por una parte, la modificación o extinción de la eficacia de las licencias, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística; por otra, la anulación de aquéllas, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente.

Si se trata del caso que nos ocupa, debe decirse que la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, porque, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de lo realizado (STS de 9 de abril de 2007), sabemos que en el caso de que se llegue al derribo los el daño que se causaría los propietarios es más que notable, perderían ya no sus propiedades como tales sino que perderían o bien sus locales comerciales o bien sus viviendas y ese perjuicio que se les puede ocasionar no es fácil de subsanar.

A efectos de identificar los requisitos precisos para la apreciación de uno de estos supuestos de responsabilidad patrimonial, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2008 y de 9 de abril de 2007, ambas de la Sección Sexta de la Sala Tercera. Reconoce el Tribunal que estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de licencias, incorporando la jurisprudencia de la Sala sobre la materia y que, entre otras, se recoge precisamente en la otra sentencia que se

² Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

mencionaba, la del 9 de abril de 2007, con referencia a su vez a otra anterior de 20 de enero de 2005.

La indemnización de daños y perjuicios por causas de anulación de licencias municipales es el resultado lógico de toda revocación de licencias por tal causa, forma de responsabilidad de la Administración que se rige conforme al régimen jurídico general, por ser indudable que la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, porque, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición.

Dos son los presupuestos de los que parte el Tribunal Supremo para apreciar la concurrencia del supuesto constitutivo de responsabilidad patrimonial y los identifica a partir de los perjuicios o daños que efectivamente pudiera generarse como consecuencia de esta actividad administrativa (la anulación de la licencia previamente otorgada):

- a. Por un lado, los daños causados al titular de la licencia por su anulación.
- b. Los derivados de la imposibilidad de continuar realizando la actividad previamente autorizada.

A la hora de considerar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento debe hacerse notar que los propietarios que son adquirentes de buena fe, podían haber conocido la situación del edificio, si el Ayuntamiento de Eiravedra, que intervino en los procedimientos judiciales seguidos en relación a aquel edificio hubiese dado publicidad a la existencia del recurso contencioso administrativo en el que se discutía la legalidad del edificio.

Actualmente el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo dice en su artículo 51 *que "Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad: f) La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención. g) Los actos administrativos y las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación a que se refiere la letra anterior, cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento.*

Dicho lo cual el mismo precepto legal añade que *La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de esta anotación preventiva dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados.*

Parece pues que el Ayuntamiento de Eiravedra no actuó con la diligencia debida, ya que nada hizo en orden a que la situación del edificio se publicara en el Registro de la Propiedad. Se podrá decir que a la fecha de la interposición del recurso o de la sentencia del TS, resultaba de aplicación otra norma, en concreto el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

Frente a esta eventual manera de entender las cosas debe hacerse notar que el artículo 56 del mencionado Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, establecía que:

La Administración legalmente competente, con el fin de asegurar el resultado de los expedientes de disciplina urbanística y la reposición de los bienes afectados al estado que tuvieren con anterioridad a la infracción, podrá acordar que se tome anotación preventiva de la incoación de dichos expedientes. La anotación sólo podrá practicarse sobre la finca en que se presume cometida la infracción o incumplida la obligación de que se trate en cada caso.

Por ello con independencia de la norma aplicable al momento en que se interpuso el Recurso contra la licencia, es defendible sostener que el Ayuntamiento debió interesar la anotación de la interposición del recurso contencioso administrativo, ya en el momento inicial (interposición), ya a lo largo del recurso contencioso administrativo y ello a los efectos de evitar daños a terceros adquirentes de buena fe.

La opinión de que la norma aplicable anteriormente (artículo 56) pudiera permitir sostener que el Ayuntamiento no tenía obligación de acudir al RP, por ser una facultad discrecional, no reglada, no nos parece convincente.

Y es que no es aceptable una conducta omisiva de la Administración, posiblemente negligente, escudada en que el artículo 56 del RD1093/1997 y ello desde el momento en que la Administración no tiene facultades, sino competencias.

La confusión entre competencia y facultad es el germen de la arbitrariedad, y la arbitrariedad está prohibida en sede constitucional (artículo 9.3 CE), y ello independientemente de si existen o no perjuicios a terceros.

Al margen de las consideraciones anteriores, parece claro que la responsabilidad del perjuicio causado a terceros, sería de la Administración, que no dio oportuna publicidad al litigio pudiendo haberlo hecho.

Si no se anota en el Registro de la Propiedad y un particular sufre un daño, quien podía haber evitado el daño, era quien tenía la facultad de anotar y no lo hizo (el Ayuntamiento), luego es el responsable.

Desde esta óptica puede decirse que la facultad discrecional de la Administración no supone exención de responsabilidad. Y es que la modificación experimentada por el 56 del RD1093/1997 en realidad nada añade, en realidad nada cambia, ya que no hace sino transformar una facultad discrecional (sujeta evidente a responsabilidad) en una facultad reglada.

En estos casos debe buscarse la intención del legislador y para ello acudiremos a la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2011 que no se pronuncia sobre la diferencia respecto al régimen anterior, y se limita a hacerse eco de la desprotección del adquirente de buena fe, al decir " *Se hace especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional. Entre ellas, la anulación de licencias previamente concedidas, con la consecuencia última de la demolición, que terminan afectando a terceros adquirentes de buena fe que se ven desprotegidos a causa de actuaciones en las que no han sido parte, y que no siempre han estado exentas en su origen de supuestos de corrupción. Entre estas medidas, se encuentra la incorporación al Registro de la Propiedad de la información que permitirá a los adquirentes de*

inmuebles conocer por anticipado la posible situación litigiosa en la que éstos se encuentran, incluyendo los expedientes que puedan suponer la imposición de multas o la futura demolición. En la actualidad, el acceso de dicha información absolutamente relevante para los potenciales inversores, es sólo potestativa de los Ayuntamientos, de tal manera que se establece la obligatoriedad de proporcionársela al Registrador imponiendo a los Ayuntamientos que la incumplan los perjuicios económicos que pudieran causarse a los adquirentes de buena fe.

Por ello a la hora de exigir la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento debe tenerse en cuenta que el mismo, debió hacer constar en el Registro de la Propiedad (en beneficio de terceros) lo que podía venir.

A modo de pequeña síntesis...

- a) El régimen de responsabilidad patrimonial derivada de las decisiones administrativas adoptadas en el ámbito de la actividad urbanística no difiere sustancialmente del sistema general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- b) Se trata de un sistema de responsabilidad patrimonial de naturaleza abierta, no restringido a los supuestos indemnizatorios contemplados expresamente en la Ley. Se extiende por tanto, a cualesquiera supuestos de responsabilidad generados como consecuencia de la producción de un daño o perjuicio a partir de cualquier otra actividad desarrollada por las Administraciones con ocasión del ejercicio de sus atribuciones urbanísticas y con arreglo a los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- c) Los supuestos indemnizatorios se hallan actualmente recogidos en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Suelo.

¿Establecerías alguna diferencia entre los propietarios dependiendo del momento en que adquirieran la vivienda?

No es lo mismo comprar confiando en un proyecto que tiene sus licencias en orden, incluso existen casos de que compren antes de que se ponga la primera piedra, que comprar después de se haya anulado por sentencia firme la licencia.

Hasta ese momento (firmeza de la sentencia del Tribunal Supremo) los propietarios han comprado confiando en la bondad del acto administrativo; la licencia no deja de ser legal por el hecho de la interposición de la demanda, solo se podría liberar de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento, en aquellos casos de adquirentes posteriores a la fecha en que hubiese recaído sentencia firme anulando la licencia, lo que en este caso se produce por sentencia del Tribunal Supremo.

Incluso los que adquirieron con posterioridad a la sentencia del TSJG, en la medida que ésta no es firme hasta que la confirma el Alto Tribunal, habrían adquirido confiados en la legalidad de la licencia.

Por otra parte debe decirse (ya se apuntó anteriormente) que en caso de demolición y aún en caso la anulación de la licencia (anterior a la demolición) existiría el derecho a reclamar de MADESA por responsabilidad contractual, en el plazo de 15 años desde la escritura de compra, dado que el artículo 1964 del CC.

En cuanto a la posibilidad de los vecinos que adquieren, podrán tener conocimiento de lo ocurrido en el edificio gracias a una inscripción hecha previamente (tema al que hago referencia en la página 26).

La única diferencia que establecería sería la que se refiere a los propietarios que hubiesen adquirido antes o después de la sentencia del Tribunal Supremo por la que confirma del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que anuló la licencia.

4. Sobre la posición jurídica de los vecinos de Eiravedra:

Si el Ayuntamiento fuera condenado a satisfacer alguna indemnización, ¿qué acciones podrían ejercitarse para resarcir el erario municipal?

Quizás lo primero que debemos preguntarnos es, ¿cuáles son las pretensiones de los vecinos de Eiravedra; evidentemente, los que no sólo tienen derecho a una indemnización en caso de derribo sino que deben recibirla son los propietarios del edificio pero los terceros ajenos al proceso, ¿en realidad tienen derecho a percibir algún tipo de indemnización?

La Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común otorga a los vecinos la posibilidad de ejercitar directamente las acciones a las que se refieren los artículos 145 (Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades personal al servicio público de las Administraciones Públicas) y 146 (Responsabilidad Penal).

Cuando las autoridades o funcionarios públicos ocasionen una lesión en los bienes o derechos del administrado, por su actuación dolosa o concurriendo culpa o negligencia graves, no cabe ir contra los mismos, sino exigir la responsabilidad directamente ante la Administración.

A partir de la Ley 4/1999³, la Administración ya no dispone de una facultad sino que está obligada a ejercitar la acción de regreso contra el personal causante del daño (haya sido éste infligido a particulares, o a sus propios bienes o derechos). No obstante ello, si la Administración no ejercita esa acción, la Ley no prevé ningún tipo de penalización.

En cualquier caso, también a partir de la Ley 4/1999, y sin perjuicio de las actuaciones dolosas, la gravedad de la conducta se extiende tanto a la culpa como a la negligencia. Ahora, ambas, han de ser graves.

El procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial, por vía de regreso, a los Concejales, y al resto del personal al servicio de las Corporaciones Locales, será el previsto en el art. 21 RPRP⁴.

Artículo 21: Procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas:

1. Para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, el órgano competente acordará la iniciación del procedimiento, notificando dicho acuerdo a los interesados, con indicación de los

³ Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992

⁴ Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el cual se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

motivos del mismo, y concediéndoles un plazo de quince días para que aporten cuantos documentos, informaciones y pruebas estimen convenientes.

2. En todo caso, se solicitará informe al servicio en cuyo funcionamiento se haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

3. En el plazo de quince días se practicarán cuantas pruebas hayan sido admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas.

4. Instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá aquél de manifiesto al interesado, concediéndole un plazo de diez días para que formule las alegaciones que estime convenientes.

5. Concluido el trámite de audiencia, la propuesta de resolución será formulada en un plazo máximo de cinco días.

6. El órgano competente resolverá en el plazo máximo de cinco días.

A raíz de la reforma operada, por las llamadas leyes del pacto local, en el ámbito de competencias de los órganos de gobierno de las Corporaciones Locales previstas en la Ley de Bases de Régimen Local, entendemos que el órgano competente para instruir y resolver estos procedimientos es el Alcalde, cuando se trate de la acción de regreso contra funcionarios, y el Pleno cuando ésta se ejercite contra miembros electos de la Corporación. Si bien esta última es más teórica que real.

A pesar de las determinaciones de la ley y “lo infrecuente” de estas acciones de regreso, cuando la Administración la ejercite o pretenda ejercitarla, debería dar audiencia al funcionario o autoridad causante de la lesión, durante la tramitación del procedimiento general de responsabilidad incoado a instancia de los terceros lesionados.

No cabe exigir la responsabilidad Civil directa a las autoridades y funcionarios, solo la civil derivada del delito o falta, en el correspondiente proceso penal.

La responsabilidad civil derivada del delito de los funcionarios, que se contiene en el art. 121 del Código Penal, es directa para ellos y subsidiaria para la Administración y solo cabe por los daños que sean consecuencia de delitos dolosos o imprudentes.

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

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

Cuando quiera solicitarse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, derivada de los delitos de sus funcionarios, procesalmente la acción también ha de

dirigirse contra la Administración. No obstante, la responsabilidad subsidiaria de la Administración entendemos que solo cabe por los delitos culposos y dolosos, y no así por las faltas, en cuyo caso se instará la indemnización en vía administrativa.

La responsabilidad civil derivada del delito y la derivada de culpa extracontractual son exactamente lo mismo. Trasladado ello al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública comporta que consideremos que la responsabilidad civil derivada del delito de los funcionarios o autoridades, sea exactamente lo mismo que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (art. 139 y ss. LPAC), ambas tienen como único fundamento el daño.

Ante una sentencia penal absolutoria, cabe que el juez civil pueda pronunciarse sobre las responsabilidades de este tipo, pero no aplicando el plazo de prescripción de 15 años, solo predicable de la acción de responsabilidad civil *ex delicto* y teniendo en cuenta los hechos probados de la sentencia.

Una sentencia penal condenatoria que, a su vez, ha resuelto las cuestiones de responsabilidad, debería tener en el ámbito contencioso-administrativo donde posteriormente se reabre la acción, el efecto de “cosa juzgada”, habida cuenta de la identidad entre ambas responsabilidades.

5. En caso de que alguno de los hechos indicados en el caso pudiera ser constitutivo de delito:

¿Qué tipos del CP considerarías aplicables? Y ¿qué consecuencias tendría esta circunstancia sobre el proceso contencioso-administrativo?

La primera de todas las normas del Título XVI del Libro II del Código Penal se denomina: ``De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente'', encontrándose en su capítulo I titulado ``De los delitos sobre la ordenación del territorio''.

El tipo penal básico de urbanismo se encuentra regulado en el artículo 319 del Código Penal:

1.- `` *Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección*'' 2.- `` *Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable*''.

3.- `` *En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*''

Estos preceptos pretenden proteger intereses públicos, defendidos aquí por un Ayuntamiento que vela por que sus vecinos y visitantes puedan disfrutar de unas zonas verdes o bienes de dominio o uso público, en la línea de protección del medio ambiente a cuyo servicio se encuentra la conservación de unos lugares particularmente protegidos por el legislador.

Se castigan conductas objetivamente graves y dolosas que atacan un bien jurídico comunitario (la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general).

La demolición de lo que ilegalmente se ha construido (en este caso partimos de la base de que MADESA construyó primero legalmente por una licencia que otorgó el Ayuntamiento y luego, ilegalmente si tenemos en cuenta que la licencia fue declarada nula el 12 de marzo de 2005, lo que de suyo (salvo legalización) impone como consecuencia, no inexorable, el derribo como único medio eficaz para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

El Tribunal Supremo declara por regla general, que, *“no cabe otra forma de reparación de la legalidad alterada que la demolición de lo irregularmente construido”* (Sentencia de 21 de junio de 2012), lo que no se puede extender a la categorización de la conducta como delito.

Hay que tener en cuenta que en el caso que nos ocupa, la constructora MADESA procede a la rehabilitación del edificio de la calle Fraternidad por haber obtenido una licencia urbanística por parte del Ayuntamiento de Eiravedra. Licencia que se entendía legal en todos sus términos por haber sido así clasificada por el Ayuntamiento que debiendo haber realizado un control reglado de legalidad sobre las obras o usos de suelo solicitados en este caso por MADESA, tenía que haber apreciado los vicios de las dimensiones de los patios interiores y la insuficiencia en el número de plazas de garaje que debía tener el edificio por ley.

Por ende, si bien se podían haber apreciado dichos vicios por MADESA o el Arquitecto lo cierto es que falta el dolo, incluso el eventual, de forma que este al no poder presumirse parece difícil entender que MADESA o el Arquitecto pudieran cometer un delito que no admite la comisión imprudente.

Lo que lleva a entender que ni en el momento de presentar el proyecto y menos aún, con posterioridad a la licencia otorgada el 10 de abril de 2002, MADESA o el Arquitecto cometieron delito alguno.

Sería más posible hablar de que los técnicos (al informar el proyecto sometido a licencia) y los políticos (al conceder la licencia) pudieron haber incurrido (al haber otorgado una licencia de rehabilitación a un proyecto que no cumplía las normas urbanísticas) en el delito al que se refiere el artículo 320 del Código Penal, apartado 1 que dice : *“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.”*

A la vista de este artículo se podría apreciar que el Ayuntamiento por haber otorgado licencia cuando no se cumplían las normas urbanísticas, incurriría en este delito, y no en sí el propio Ayuntamiento sino la persona encargada de haber realizados los estudios necesarios para saber si la obra era posible o no, legal o no y eventualmente los concejales que votaron a favor de conceder la licencia

Sobre el segundo apartado de que consecuencias tendría esta circunstancia sobre el proceso contencioso-administrativo entiendo que dado que la sentencia declarando la nulidad de la licencia es firme, encontrándose en fase de ejecución, no se produciría efecto alguno sobre las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y el Tribunal Supremo ya firmes y por las que se anuló la licencia y se declaró no haber lugar a la inejecución por imposibilidad material.

Otra cosa es que pudiera optarse por aplicar la LJCA en su artículo 102 que dice:

1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:

a) Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

b) Si hubiere recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.

c) Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

d) Si se hubiere dictado sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta.

Lo que en el presente caso no parece probable

Los tipos delictivos a tener en cuenta serían los artículos 319 y 320 del Código Penal, particularmente éste último.

En cuanto a la posible influencia de actuaciones penales resulta del artículo 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que en su artículo 4 dice " *1. 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. 2. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente.* y del artículo 10.2 de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que dice " *No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.*

Por eso cabe suponer que el juez administrativo no podría resolver para decidir el litigio, sino que habría de suspender y esperar la sentencia o resolución definitiva penal y estar a los hechos que se declararan probados por el orden jurisdiccional penal.

6. De derribarse el edificio:

¿Existiría una vulneración del derecho moral de autor del arquitecto?

La Arquitectura es el arte de proyectar y construir edificios; está compuesta no solo por el proyecto del edificio, sino también, por el edificio en sí. La arquitectura conceptualiza el espacio y en ocasiones estas estructuras son auténticas obras de arte.

Una obra arquitectónica, proyectada o construida es a la vez arte y funcionalidad y se protegerá cuando constituya una creación humana, exteriorizada y original.

La originalidad de una obra arquitectónica puede derivar tanto de sus concretos elementos individuales (por ejemplo, su fachada) como de la combinación de esos elementos, aun cuando individualmente considerados carezcan de originalidad (por ejemplo, la forma de distribuir los espacios). Cuanto más original sea la obra arquitectónica, mayor será el grado de protección del que disfrute, pues será más fácil que su copia constituya una infracción de los derechos de propiedad intelectual de su autor.

Pero, ¿qué es Propiedad Intelectual? Es el conjunto de derechos de autor tanto personales (morales) como patrimoniales (económicos) que corresponden a los autores sobre las obras de creación; para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual engloba tanto los derechos de propiedad industrial (como son las marcas, patentes, diseño industrial...entre otros) como los derechos de propiedad intelectual.

En concreto, los derechos morales corresponden al autor de la obra y son irrenunciables e inalienables, por lo que no se pueden ni ceder ni renunciara ellos. La vigente ley reconoce al autor, entre otros derechos: exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra y el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga un perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

En España, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual menciona específicamente a las obras de arquitectura en el art. 10.1.f), según el cual se comprenden entre las creaciones objeto de propiedad intelectual «*los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería*».

Pero se plantea el interrogante de si la obra ya ejecutada es objeto de propiedad intelectual. No podría negarse que la obra acabada se protege indirectamente a través del art. 10.1.f) 1. ``*Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:*

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería``.

En la medida en que en la práctica no se hace ninguna obra arquitectónica sin planos o proyectos, y la obra construida será siempre bien una reproducción, bien una derivación de esos planos.

El autor de la obra arquitectónica será la persona física que la cree, y desde el mismo momento de la creación, el autor adquirirá originariamente los derechos de propiedad intelectual sobre la obra. Dado que para crear obras arquitectónicas hace falta una determinada cualificación profesional, en principio, sólo podrán ser autores de obras arquitectónicas los arquitectos.

Sería de justicia entender, que el derecho moral de nuestro arquitecto se verá vulnerado en caso de derribo del edificio, por estar amparado por la Ley de Propiedad Intelectual por ser los derechos morales que se reconocen al autor de una obra irrenunciables e inalienables.

La sentencia 543/2007 del Juzgado de Bilbao, nos presenta la demanda de Santiago Calatrava Valls que habiendo sido el autor de una obra arquitectónica, en este caso, un puente en dicha ciudad, consideraba vulnerado el derecho moral que éste tenía sobre su creación por haber los demandados colocado una pasarela anexa al puente diseñado por el arquitecto.

Se pretendía que se declarase vulnerado el derecho moral del arquitecto y que los demandados cesaran en la vulneración de los derechos de propiedad intelectual de Calatrava y a tal fin, restituir a si costa el Puente Zubi Zuri a su estado original con la consiguiente eliminación de la pasarela y la recolocación de una barandilla que había sido previamente eliminada por los demandados.

“ La demanda plantea la pretensión de que se respete la integridad de sus derechos morales como autor, al entender que la nueva conexión con el complejo "Isozaki Atea" (puerta Isozaki en euskera), promocionado por el Ayuntamiento de Bilbao y del que son promotores inmobiliarios las dos sociedades también demandadas, VIDESA y LARIAM 95 S.L., vulnera sus derechos de autor, al no respetar la previsión del art. 14.4 de la Ley de Propiedad Intelectual, que dice que el autor puede "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”

En este caso se pretende proteger la originalidad de la obra por anexar una parte que no estaba reflejada en el proyecto inicial.

En resumen; a priori podríamos apreciar vulneración de derecho moral del Arquitecto. Otra cosa es si debe ser o no indemnizado, para lo que me remito al siguiente punto.

¿Tendría éste derecho a una indemnización teniendo en cuenta que forma parte del cuadro personal de MADESA?

A priori, el posible derecho del Arquitecto a ser indemnizado (a mi entender) no existe.

Y si no existe es porque la demolición, es decir, la desaparición de la obra arquitectónica, no es ajena al Arquitecto, ya que el proyecto elaborado por dicho Técnico ha sido elaborado *contra legem*.

Luego no puede existir derecho moral en la ilegalidad, de conformidad con la Ley de Propiedad Intelectual, que sólo protege la propiedad intelectual en la medida que esa propiedad, como cualquier propiedad, sea legal.

Como cualquier otro derecho de propiedad, la denominada propiedad intelectual no confiere unas facultades absolutas, sino que tanto los denominados derechos morales como los de explotación o patrimonial, están sujetos a limitaciones.

Según el art. 2 TRLPI *«La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley».*

En este sentido la Constitución Española dice en su artículo 33 que *"1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*

En Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de mayo, se hace eco de la propiedad, que ha sido uno de los derechos que más ha evolucionado desde el punto de vista constitucional y legislativo.

Ha pasado de entenderse como el derecho individual y personal por antonomasia, a articularse como una institución jurídica objetiva, cargada de limitaciones impuestas por la función social a la que se encuentra sujeta y *por supuesto de conformidad con la Ley*.

El Tribunal Constitucional en la sentencia citada con anterioridad, acotando el concepto constitucional de la propiedad privada señala que *"su contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida, no como mero límite externo a la definición de su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo".*

Y continúa diciendo que *"la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo como un conjunto de derechos y obligaciones establecido, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la comunidad..."*

Utilidad individual y función social y por supuesto La Ley, definen el contenido de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes y la posible indemnización por su privación.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo configura el derecho de propiedad como un derecho estatutario, modificable, por tanto, por el ordenamiento jurídico, que no dará lugar, por norma general, a indemnización, ya que al ser creación de la ley, el titular tendrá únicamente aquellas facultades que en cada caso la norma jurídica le conceda (STS de 7/11/1988, 2/11/1989 y 5/11/1996, entre otras muchas).

Es decir no cabe una propiedad contra la ley.

El Protocolo Adicional de 20 de marzo de 1952 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, ratificado por España el 2 de noviembre de 1990 reconoce en su artículo 1 el derecho a la propiedad privada.

En el apartado primero se reconoce el derecho de toda persona física o moral al respeto de sus bienes sin que nadie pueda ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional.

En resumen, no procede indemnización al Arquitecto por la demolición de un edificio cuya licencia (que se limita a amparar un proyecto elaborado por el Arquitecto) ha quedado anulada.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARREDONDO GUTIÉRREZ, J.M (1996). *Demolición de edificaciones ilegales y protección de la legalidad urbanística*. Editorial Comares.
2. MARTÍNEZ ALLEGUE, M (2010). *Resoluciones emitidas pola Axencia de Protección da Legalidade Urbanística (APLU) en materia de reposición da legalidade*. Xunta RS, Xunta de Galicia.
3. SÁNCHEZ GOYANES, E., RAMON COVELO, A., RIOBÓ IBÁÑEZ, M. (2004). *Derecho Urbanístico de Galicia*. El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados.
4. QUIRÓN ROLDÁN, A. (2002). *El régimen de fuera de ordenación urbanística*. Barcelona: Atelier.
5. BUSTO LAGO, J.A. (2010). *El control del cumplimiento de la legalidad urbanística en los contratos sobre viviendas: la compraventa de "vivienda" sin licencia*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
6. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2009) *Demolición por delito: el restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*. Granda: Comares
7. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. (2008) *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civilitas, 2008.
8. ALBAR GARCÍA, J., OLIVAN DEL CACHO, J., CARLO J. (2006) *Ejecución de sentencias, procedimiento y garantías: la ejecución provisional, imposible y subsidiaria en el orden contencioso-administrativo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, D.L

9. CABALLERO SALINAS, J.M. (2014) *Los delitos urbanísticos tras la reforma de la LO 5-2010*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2014

10. BLANCO GONZÁLEZ, A. (2004) *La responsabilidad del arquitecto*. A Coruña: Civilitis.

11. *Manual de Propiedad Intelectual*. (2015). Valencia: Tirant lo Blanch.

12. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas