



# TRABAJO FIN DE GRADO

## DICTAMEN

Grado en Derecho, Curso 4, Línea 1 Grupo A

## **DICTAMEN DEL SUPUESTO.-**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Ayuntamiento de transmite mediante escritura pública a Don Juan Juanez una nave en polígono industrial. Este Sr. La mantiene cerrada y sin uso porque vive y trabaja en el extranjero.

El Sr. Juanez viaja a España y comprueba que su nave está abierta y ocupada por una ONG. Preguntado al responsable de la ONG, este le contesta que le ha sido cedida dicha nave sin título ni precio (en precario) por el Ayuntamiento a través de la Delegación de Servicios Sociales desde enero 2013, con advertencia y conocimiento de dejarla libre cuando así fuese requerido por ello.

Ambas partes se sorprenden de la situación, el responsable de la ONG muestra al Sr. Juanez la inversión que ha acometido.

Ambos acuden a un despacho de abogados, el Sr. Juanez solicita asesoramiento sobre las actuaciones que puede llevar frente al Ayuntamiento o a la ONG; el responsable de la ONG solicita asesoramiento sobre las posibilidades de recuperación en su caso de la inversión acometida, así como reclamación de revalorización.

**SEGUNDO.-** Tras la emisión del dictamen y antes de ejercitar cada parte acciones procedentes, alcanzan un acuerdo por el que el Sr. Juanez alquila la nave a la ONG con rentas simbólicas los 5 años del contrato. Tras lo cual la ONG solicita licencia al Ayuntamiento para construir en zona libre de edificación de la parcela. Esta modificación se tramita conforme al procedimiento reglamentariamente establecido y se aprueba por el Pleno municipal el 2 de diciembre de 2013, advirtiendo el acuerdo de aprobación que de conformidad con lo establecido en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, debería procederse a su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia.

El Ayuntamiento teniendo en cuenta que el proyecto de construcción lo tenía informado favorablemente desde hace tiempo desde el punto de vista técnico, concede la licencia en la misma fecha del pleno (2 de diciembre de 2013), condicionada a la publicación del acuerdo de aprobación del instrumento de planeamiento, y se comienzan las obras al día siguiente. No consta que se haya realizado publicación

**TERCERO.-** La ONG se extralimita en la fase de ejecución de las obras, por tanto del contenido de la licencia, construyendo una edificación independiente en suelo clasificado como no urbanizable.

El propietario de la nave vecina a la ONG sospechando de cometerse irregularidades, encarga un dictamen jurídico sobre todas las posibilidades de actuación contra las actuaciones de dicha ONG.

## **CUESTIONES QUE SE PLANTEAN**

En relación a los antecedentes de hecho, se plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

**PRIMERO.-** Ajuste a derecho de la existencia de la cesión por el Ayuntamiento de la nave (propiedad del Sr. Juanez) a la ONG. Actuaciones a llevar a cabo por el propietario y la ONG.

**SEGUNDO.-** Ajuste a derecho de la licencia de obra sin la correspondiente publicación.

**TERCERO.-** Existencia de extralimitación de las obras en suelo clasificado como no urbanizable. Por tanto del contenido de la licencia.

## **NORMATIVA APLICABLE**

Para la resolución de las cuestiones jurídicas que se plantean se puede acudir a la siguiente normativa y doctrina jurisprudencial que resulta de aplicación a las mismas:

### **Normativa:**

- Constitución Española de 1978.
- Código Civil. Real Decreto de 24 de julio 1889.
- Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. Ley 7/2002, de 17 de diciembre.
- Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía. Decreto 60/2010, de 16 de marzo.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosos-Administrativa
- Código penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

### **Jurisprudencias:**

- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia de 10 noviembre 1987. RJ 1987\8792 (Punto Segundo)
- Audiencia Provincial de Málaga (Sección 9ª). Sentencia núm. 78/2014 de 24 febrero. JUR 2014\98114 ( PuntoTercero)

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** La nave que cede el Ayuntamiento a la ONG en precario: cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto; inexistencia, es propiedad del Sr. Juanez con justo título, transmitida por el Ayuntamiento mediante escritura pública; nuestra Carta Magna, nuestra Constitución en su art. 33 reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, esta función social de derechos delimitará su

contenido, de acuerdo con las leyes. El mismo artículo en su apartado tres especifica que nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

El Sr. Juanez ha adquirido la posesión por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho (art. 438 C.C.), en este caso mediante otorgamiento de escritura pública.

El Sr. Juanez que es un particular tiene derecho a ser indemnizado por la Administración Pública, en este caso, el Ayuntamiento; por la lesión sufrida en sus bienes y derechos por el funcionamiento normal y o anormal de los servicios públicos; alegando el daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a su persona, ya que las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar. (Art. 9.3 y 106.2 de nuestra Constitución). Esta previsión constitucional está actualmente regulada por los arts. 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados reglamentariamente por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

La normativa estatal sobre responsabilidad patrimonial de la Administración resulta de aplicación a las Entidades que integran la Administración Local, tal y como precisan los arts. 5 y 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y la propia Ley 30/92 (arts. 1 y 2), de acuerdo con lo previsto en el art. 149.1.18 de la Constitución. Las consideraciones precedentes permiten afirmar que la responsabilidad patrimonial de la Administración, según se desprende de los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/92 y de la jurisprudencia emanada sobre la materia, exige la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1º) Existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado a una persona o grupo de personas.

2º) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber de soportarlo, de acuerdo con la Ley (art. 141.1 Ley 30/92).

3º) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad causante del daño, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del bien, del servicio o de la actividad en cuyo ámbito se produce.

4º) La relación causa efecto entre la actividad administrativa y el resultado del daño, que no se apreciaría en el caso de que este estuviese determinado por hechos indiferentes, inadecuados o inidóneos, o por los notoriamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor.

5º) Ausencia de fuerza mayor.

La ONG es la poseedora tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuese inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen, así queda establecido en el art. 446 C.C.

La ONG posee en precario por lo que no es en concepto de dueño, y no puede adquirir el dominio (art. 447 C.C.).

La posesión del inmueble (la nave) y derecho real que es no se entiende perdida, ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley hipotecaria (art. 462 C.C.).

El art. 433 C.C bien nos define que se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.

Se reputa poseedor de mala fe al que se haya en caso contrario. De lo que podemos deducir que la ONG es de buena fe, mientras no tengamos las suficientes pruebas en admisibles en derecho que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil: testifical, documental, pericial,...

El poseedor de buena fe que es la ONG no solo tiene derecho al abono de los gastos necesarios (que tiene derecho todo poseedor), sino también a retener la cosa hasta que se le satisfagan (art. 453 C.C.). Este artículo también establece que los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

Hay que tener en cuenta que los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro, y el sucesor (en este caso el propietario Sr. Juanez) en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.

**SEGUNDO.-** El art. 171 LOUA establece la competencia para el otorgamiento de las licencias urbanísticas, expresando que corresponde al órgano municipal que determine la legislación y normativa de aplicación en materia de régimen local. El art. 172 establece el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas.

El art. 178 de la LOUA establece la información y publicidad en obras, en orden a garantizar el efectivo y preciso reconocimiento por los ciudadanos en general de que las mismas cuentan con la preceptiva aprobación, autorización o licencia, así como el ejercicio de sus derechos por los consumidores y usuarios.

El mismo artículo sigue indicando que la publicidad que se haga de las obras por cualquier medio no podrá contener indicación alguna disconforme con la ordenación urbanística, ni susceptible de inducir a error a los adquirentes sobre las restantes condiciones urbanísticas de ejecución.

La competencia para ejercer las potestades de protección de la legalidad urbanística recae en los municipios, si bien el art. 188 LOUA regula la posibilidad de que estos sean sustituidos por la Comunidad Autónoma en caso de inactividad cuando los actos o usos ilegales: Nos remitimos a nuestro caso y apuntamos:

a) Supongan una actividad de ejecución realizada sin el instrumento de planeamiento preciso para su legitimación (que es nuestro caso).

Al considerar la licencia de obra una autorización y como tal un acto administrativo, nos planteamos en este caso que nos ocupa que tal acto administrativo contiene defecto o vicio que le hace incompatible con la ordenación urbanística y, más ampliamente, con la legalidad, constituyendo o legitimando de manera manifiesta alguna de las infracciones graves o muy graves definidas en la LOUA. En consecuencia las medidas que se arbitran son básicamente, medias encaminadas a la inmediata suspensión y a su revisión. Los supuestos en que procede activar esta vía son:

a) Actos administrativos que supongan una actividad de ejecución realizada sin el planeamiento preciso para su legitimación (Caso que nos ocupa).

b) Actos administrativos que tengan por objeto una parcelación urbanística en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable.

c) Actos administrativos que comporten de manera manifiesta y grave una de las afecciones respecto de las que se prevé la imprescriptibilidad de las actuaciones de protección de la legalidad urbanística a que nos hemos referido con anterioridad.

Todas estas conductas constituyen, además, infracciones urbanísticas muy graves, según establece la LOUA.

Ante cualquiera de estas situaciones, deja claro la ley, que el alcalde dispondrá la suspensión de la eficacia de una licencia urbanística u orden de ejecución y, consiguientemente, la paralización inmediata de los actos que estén aun ejecutándose a su amparo.

Suspendida la licencia se deberá dar traslado al órgano judicial competente a los efectos previstos en el art. 127 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de que dichos actos deban ser objeto de revisión por el órgano competente, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento Administrativo Común (art. 102 y 103 de la Ley 30/92, revisión de oficio y declaración de lesividad de actos anulables).

**TERCERO.-** En este caso está incumpliendo el interesado (la ONG), por extralimitarse en la ejecución y en sus actuaciones a la licencia de obra que se le ha otorgado y construir en suelo no urbanizable, todo ello regulado en los arts. 181 LOUA y 42 y ss. Reglamento de Disciplina urbanística de Andalucía.

La Ley pone de manifiesto la reacción inmediata de carácter cautelar: la suspensión de las obras o el cese del acto en curso de ejecución (por Decreto del Alcalde), realización o desarrollo en todo o en la parte que proceda, así como del suministro de cualesquiera servicios públicos que deberá ordenar el alcalde.

Cuando la orden de suspensión sea desatendida, podrá disponerse la retirada y el depósito de la maquinaria y los materiales de las obras, instalaciones o usos a que se refiere el apartado anterior, siendo por cuenta del promotor, propietario o responsable del acto los gastos de una y otro. Junto a estas medidas de ejecución subsidiaria la LOUA contempla la posibilidad de imponer multas coercitivas para doblegar conductas obstructivas mientras estas permanezcan. Estas medidas, como es obvio, sólo procederán en el caso de que las obras o actividades objeto de intervención se hallasen en curso de ejecución, pues en otro caso –obras o usos concluidos- carecen de sentido.

Suspendida la actividad se ha de proceder al restablecimiento del orden jurídico perturbado, mediante la legalización del correspondiente acto o uso y, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada. El art. 181 LOUA especifica que la medida de suspensión puede adoptarse incluso antes de que se inicie el expediente de restablecimiento del orden jurídico perturbado.

### **CONCLUSIONES.-**

**PRIMERO.-** La lesión de un derecho de propiedad que tiene el Sr. Juarez por parte de la Administración (Ayuntamiento), conlleva la exigencia de responsabilidad patrimonial a dicha Administración y cuyos requisitos ya enunciados se adecuan a nuestro caso. Se iniciará la reclamación al órgano competente de la Administración Pública (Ayuntamiento), la reclamación podrá presentarse en cualquiera de los lugares previstos por esta Ley para la presentación de escritos o solicitudes. Esta reclamación presentada por el Sr. Juarez solo conlleva coste de honorarios de letrado.

La ONG ha ocupado dicha nave en precario con la autorización de la Administración, lo que entendemos de buena fe, por lo que tiene derecho en caso de su propietario exigir el desalojo a que le abone las mejoras y las cosas que constituyan lujo podrá retirarla y llevárselas, o bien, le sean abonadas y dejarlas. Tiene derecho a indemnización por la revalorización. Este procedimiento se puede llevar a cabo ante demanda en el Juzgado de lo Civil por el Sr. Juarez (propietario y al que interesa conseguir su posesión) exigiendo la acción reivindicativa de la propiedad y la posesión pacífica, conllevaría gastos de tasas judiciales y honorarios de abogado y procurador. La ONG a su vez puede en esa demanda que le interponen reconvenir y exigir las mejoras, revalorización e indemnización (esta ONG también tendría que contratar abogado y procurador con los gastos de honorarios que conlleva).

**SEGUNDO.-** La omisión de la información por parte de la Administración conlleva a la anulabilidad del acto (art. 63 Ley 30/92) y el otorgamiento de la licencia de obra en base a ello es anulable por vicio, de lo que se desprende que sería revisable de oficio.

**TERCERO.-** La extralimitación en la actuación y ejecución por la ONG de la licencia de obra otorgada puede ser denunciada por el propietario de la nave vecina a la ONG y dirigida al órgano competente (Ayuntamiento), este a su vez abrirá el procedimiento de oficio y actuará como ya hemos detallado paralizando a obra, al ser la construcción en terreno clasificado no urbanizable se exigirá su reposición al estado originario con la correspondiente infracción y sanción, por no ser legalizable a través de solicitud de licencia. El escrito de denuncia dirigido a la Administración Competente conlleva solo los gastos de honorarios de letrado por dicha tramitación.

Dicha construcción constituye un delito contra la ordenación del territorio y urbanismo tipificado en el Código Penal art. 319, imputable a la ONG.