

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- En 12 de septiembre de 2012 se otorgó escritura pública por la que el Ayuntamiento de Arribas de la Frontera (en adelante, también, el Ayuntamiento) transmitió al Sr. Juárez una nave sita en un polígono industrial.

II.- En enero de 2013, la nave transmitida al Sr. Juárez ha sido cedida, sin título ni precio, a una Organización No Gubernamental (en adelante, también, ONG) a través de la Delegación de Servicios Sociales del Excmo. Ayuntamiento de Arribas de la Frontera.

D. Juan Juárez, propietario de la nave, tuvo conocimiento de esta circunstancia en marzo de 2014.

III.- Tras recibir asesoramiento legal, el Sr. Juárez y la ONG suscriben un contrato de arrendamiento de una duración de 5 años por el que la ONG se obliga a pagar unas rentas simbólicas, siendo el objeto del contrato la nave en cuestión.

IV.- El 2 de diciembre de 2013, el Pleno Municipal de Arribas de la Frontera acuerda aprobar una modificación del instrumento de planeamiento urbanístico como consecuencia de la solicitud de licencia de obras llevada a cabo por la ONG.

En esa fecha, el Ayuntamiento de Arribas de la Frontera concede la licencia solicitada a la ONG sin que conste la preceptiva publicación en el Boletín Oficial de la Provincia del acuerdo de aprobación del instrumento de planeamiento.

V.- En la fase de ejecución de las obras, la ONG lleva a cabo una edificación en suelo clasificado como no urbanizable.

CUESTIONES JURÍDICAS

Sobre la base de los hechos descritos en los expositivos anteriores, es preciso atender las siguientes cuestiones jurídicas.

- (i) Determinar las acciones civiles a las que el Sr. Juárez puede proceder en defensa de su propiedad.
- (ii) Analizar si cabe la posibilidad de que la ONG interponga una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración contra el Excmo. Ayuntamiento de Arribas de la Frontera.
- (iii) Evaluar la legalidad del procedimiento de otorgamiento de licencia de obras a la ONG, haciendo especial referencia a:

- La omisión de la publicación del acuerdo de modificación del instrumento de planeamiento en el BOP correspondiente.
- (iv) Esclarecer las posibilidades que el propietario de la nave vecina ostenta frente a las posibles irregularidades de la ONG contra las irregularidades en el procedimiento de concesión de la licencia, así como frente a las irregularidades en la ejecución de las obras:
- En vía administrativa.
 - En vía penal.

NORMATIVA APLICABLE

- 1.-** Constitución Española.
- 2.-** Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
- 3.-** Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- 4.-** Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- 5.-** Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada a publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último.
- 6.-** Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- 7.-** Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
- 8.-** Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.

JURISPRUDENCIA APLICABLE

- 1.-** Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de enero de 1997.
- 2.-** Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1996, de 15 de febrero de 2000 y de 15 de diciembre de 2005.
- 3.-** Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 1995.
- 4.-** Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1991.
- 5.-** Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 1998.
- 6.-** Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 1998.
- 7.-** Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2011.

- 8.- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2011.
- 9.- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2006.
- 10.- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005.
- 11.- Auto del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2008.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre la defensa de la propiedad del Sr. Juárez. Acción reivindicatoria.

1.- De los hechos del caso se desprende que el Sr. Juárez es propietario de la referida nave desde el 12 de septiembre de 2012, fecha en la que obtuvo el título de propiedad de la misma que, a su vez, fue autorizado por Notario y otorgado en documento público.

Independientemente de las circunstancias personales de D. Juan Juárez, la propiedad es un derecho reconocido constitucionalmente en el artículo 33 de la Norma Suprema y ampliamente regulado en el Libro Segundo del Código Civil (en adelante, también, CC).

Es por ello que ante la posesión y disfrute de la nave propiedad del Sr. Juárez por parte de la ONG, el primero pueda reivindicar la misma de conformidad con el artículo 348 del ya citado Código Civil:

"La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla."

Así pues, a través del ejercicio de una Acción Reivindicatoria contra la posesión de la nave por parte de la ONG, el Sr. Juárez podrá exigir la restitución de la nave frente a la ONG, que la detenta sin ser propietario. Es preciso recordar aquí que el uso de la nave, así como su posesión, se transmitió a la ONG sin título alguno.

Asimismo, existe una amplia jurisprudencia en relación al ejercicio de la Acción Reivindicatoria y los requisitos para la efectividad de la misma, destacando las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1996, de 15 de febrero de 2000 y de 15 de diciembre de 2005. De la lectura de las Sentencias citadas puede afirmarse que el Tribunal Supremo viene estableciendo los siguientes requisitos para el ejercicio de la Acción Reivindicatoria:

- 1.- Título legítimo de dominio del reclamante.
- 2.- La identificación plena de la cosa que se reclama.

3.- La detentación injusta de quien posee la cosa.

Sobre el caso que se presenta, es posible afirmar que se cumplen todos los requisitos jurisprudenciales arriba citados pues:

El Sr. Juárez ostenta título legítimo de propiedad de la nave ya que la transmisión por la que accedió a su propiedad fue otorgada ante escritura pública en 12 de septiembre de 2012. En este sentido, el artículo 1.218 del CC faculta la escritura pública como medio de prueba en el siguiente extremo:

"Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste."

El hecho motivador del otorgamiento de la escritura de 12 de septiembre es la transmisión de la propiedad de la nave en cuestión al Sr. Juárez.

Asimismo, en la propia escritura de 12 de septiembre ha de existir un exhaustivo descriptivo de la nave, de manera que la identificación de la nave, requisito jurisprudencialmente exigible para el ejercicio de la Acción Reivindicatoria, podrá realizarse a través del mismo por parte del Sr. Juárez.

Finalmente, sin entrar a analizar aquí las posibles acciones que la ONG pueda ejercitar frente al Ayuntamiento al cederle el uso de una nave cuya propiedad no le corresponde, en cuanto a la inexistencia de título ni precio en esa cesión, parece claro que la posesión de la nave por la ONG es injusta, cuanto menos desde la perspectiva del derecho a la propiedad que sobre ella ostenta el Sr. Juárez.

Llegado este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 1995, resulta ilustrativa respecto a los requisitos aquí expuestos:

"Que el propietario «ha de suministrar la prueba del derecho de propiedad que pretende pertenecerle mediante la demostración de estos tres elementos o circunstancias: a) Que media un hecho jurídico apto para dar existencia a aquella relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste; b) Que la persona que acciona es aquella que es sujeto de la relación; y c) Que la cosa sobre la que se pretende la propiedad es aquella que es sujeto o sustrato de la indicada relación; habiéndose de agregarse todavía a estas demostraciones cuando se trata de acción reivindicatoria propiamente dicha el de que la persona contra la que se acciona tiene la posesión o tenencia de esa cosa sobre la que recae el derecho del actor."

Dicho esto, procede afirmar que en el caso se cumplen los requisitos para que el Sr. Juárez ejercite Acción Reivindicatoria contra la ONG.

2.- En cuanto al procedimiento para ejercitar esa acción legal por la que procede que el Sr. Juárez reivindique su propiedad frente a la ONG, ésta podrá llevarse a cabo al amparo de los artículos 248 y 250.7º de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, también, LEC).

Consiguientemente, el procedimiento en el que puede dirimirse la Acción Reivindicatoria del Sr. Juárez frente a la ONG será el Juicio Verbal.

SEGUNDO.- Sobre la posibilidad de que el Sr. Juárez ejercite acciones civiles contra el Ayuntamiento. Acción declarativa de dominio. Reclamación previa en vía administrativa.

1.- Con el objetivo de esclarecer el dominio de la nave, pues de los actos del Ayuntamiento en relación a la cesión se desprende que el derecho a la propiedad sobre la nave que ostenta el Sr. Juárez no está claro, D. Juan Juárez podrá ejercer acción declarativa de dominio contra el Ayuntamiento.

La finalidad de esa acción legal no es más que esclarecer la pertenencia del derecho a la propiedad sobre la cosa en cuestión, en este caso, la nave. De este modo, la acción declarativa de dominio, como su propio nombre indica, tiene un carácter meramente declaratorio sin que suponga óbice alguno a la acción reivindicatoria que, en el fundamento anterior, se ha explicado puede interponerse contra la ONG.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2004, establece que *la perturbación material de la propiedad* no es requisito para el ejercicio de dicha acción, siendo suficiente *la perturbación jurídica*.

A pesar de que en este supuesto concurra una perturbación material de la propiedad, el ejercicio de la acción declarativa de dominio ha de hacerse frente a la cesión, sin título ni modo, que el Ayuntamiento hace de una nave que no es de su propiedad, sino que como se ha probado en el fundamento anterior, la ostenta el Sr. Juárez.

Así pues, frente a esa inseguridad jurídica que las actuaciones del Ayuntamiento han provocado en el Sr. Juárez, éste está facultado para reclamar ante la jurisdicción civil la declaración de su derecho a la propiedad de la nave en cuestión, tal y como se colige de las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1997, de 5 de febrero de 1995, y de 19 de julio de 2005.

El procedimiento por el que el Sr. Juárez podrá ejercitar la citada acción delcarativa de dominio será el Juicio Verbal – *ex artículos 248 y 250.4º de la LEC*-.

2.- Indicada la legitimidad y facultad que el Sr. Juárez posee para llevar a cabo una acción declarativa de dominio, es preciso señalar el requisito previo de reclamación en vía administrativa que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, también, LRJPAC) establece.

Así pues, el artículo 120.1 de esa norma legal, con carácter literal, señala:

"La reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral contra cualquier

Administración Pública, salvo los supuestos en que dicho requisito esté exceptuado por una disposición con rango de ley.”

En ese sentido y, de conformidad con los artículos 122, 123 y 124 de la LRJPAC, el Sr. Juárez podrá dirigir escrito de reclamación al Excmo. Ayuntamiento de Arribas de la Frontera, en el que se pruebe el derecho a la propiedad que ostenta en relación a la nave así como señalando la falta de legitimidad de esa Administración para ceder, sin título alguno, el uso y disfrute de su propiedad.

TERCERO.- Sobre la posible reclamación de Responsabilidad Patrimonial al Ayuntamiento por parte de la ONG.

El acto administrativo por el que se cede en precario es nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 62. 1 f) de la LRJPAC, el cual dice así:

“Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.”

Tal y como se ha argumentado en los fundamentos anteriores, esa Administración en ningún caso está legitimada ni facultada para ceder una nave cuya propiedad no ostenta, a pesar de que la cesión se haga en precario.

Si, tal y como se ha probado en los fundamentos anteriores, asumimos la legitimidad del Sr. Juárez para interponer la acción reivindicatoria frente a la ONG y, a efectos puramente hipotéticos y dialécticos, entendemos que la jurisdicción civil ha de estimarla, es claro que la ONG sufrirá unos perjuicios notables.

La ONG ha disfrutado durante más de un año del uso de la propiedad del Sr. Juárez, en virtud de las actuaciones administrativas llevadas a cabo por el Ayuntamiento. Al amparo del artículo 3.1 de la LRJPAC, en relación con el artículo 53 de la misma norma legal, se presupone la legalidad de los actos y actuaciones administrativas.

Por consiguiente, que la ONG haya disfrutado del uso de la nave del Sr. Juárez por medio de una disposición administrativa, cuya legalidad se presume, parece totalmente legítimo y conforme a las exigencias de la buena fe. De ahí que, si como consecuencia de la acción civil ejercida por el Sr. Juárez frente a la ONG, a ésta se le infringen daños y perjuicios sin tener el deber jurídico de soportarlo, parece apropiado que ésta proceda a reclamar al Ayuntamiento su responsabilidad.

En este sentido, la Responsabilidad Patrimonial de la Administración es reconocida, en primer lugar, en el artículo 106.2 de la Constitución Española y, posteriormente, regulada en el artículo 139.1 y 2 de la LRJPAC, que dice así:

"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas."

Asimismo, el concepto de Responsabilidad Patrimonial de la Administración ha sido ampliamente respaldado por abundante jurisprudencia, entre la que destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1991 que, en cuanto a la concepción de servicio público indica:

"(...) servicio público viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suele presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración;[...] de ahí que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello; ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración, que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal".

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 1998, reitera los requisitos sobre el daño que recoge el artículo 139. 2 de la LRJPAC, en los siguientes términos:

"(...) Que la lesión o daño producido sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado o individualizable respecto de una persona o grupo de personas, y que sea antijurídico, es decir, que no exista obligación de soportarlo".

En el caso que se nos presenta, el daño causado por el Excmo. Ayuntamiento de Arribas de la Frontera a la ONG cumple todos los requisitos del artículo 139 de la LRJPAC y de la jurisprudencia, pues se trata de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

(i) Daño efectivo.

La efectividad que las actuaciones del Ayuntamiento han infringido a la ONG es notoriamente palmaria.

Conviene recordar que, a raíz de esa actuación administrativa radicalmente nula, la ONG se ha visto inmersa en un proceso judicial en el que ha sido demandada y, muy posiblemente, se vea obligada a cesar en el uso y disfrute de la nave propiedad del Sr. Juárez.

Seguidamente, las fuertes inversiones realizadas por la ONG suponen un perjuicio económico de importantes consecuencias que, unidos a esa posible pérdida del derecho al uso y disfrute de la nave, dificulten enormemente a la ONG a realizar las actividades objeto de su existencia, sin perjuicio de que esa fuerte despatrimonialización no conlleve a su desaparición definitiva.

(ii) Daño económicamente evaluable.

Es obvio que el daño infringido por el Ayuntamiento a la ONG al ceder en precario el uso de una propiedad de un tercero puede evaluarse económicamente por cuanto la ONG, en la creencia de ostentar un derecho de uso y disfrute legítimo y conforme a derecho, llevó a cabo fuertes inversiones en la propiedad del Sr. Juárez. A saber: la instalación eléctrica, los suelos de madera y pintar las paredes.

De este modo, el montante total de la inversión realizada es una cantidad dineraria totalmente evaluable económicamente. Todo ello sin perjuicio que se realice un estudio en mayor profundidad sobre la posible existencia de daños referidos al concepto de lucro cesante y su evaluabilidad económica. Si bien, es necesario resaltar los amplios y estrictos requisitos que la jurisprudencia ha ido estableciendo a este respecto.

(iii) Daño individualizado.

Finalmente, el daño causado por el Ayuntamiento es individualizado en la persona jurídica de la ONG entidad que, sin poseer la obligación jurídica de hacerlo, lo soporta.

Por consiguiente, a la vista del contenido del presente fundamento jurídico, procede afirmar que la reclamación de responsabilidad patrimonial de la ONG contra el Ayuntamiento de Arribas de la Frontera cumple los requisitos jurisprudenciales que establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1998:

"La doctrina jurisprudencial ha establecido, como requisitos o circunstancias determinantes de dicha responsabilidad, los siguientes:

[...]

b.- Que la lesión o daño producido sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado o individualizable respecto de una persona o grupo de personas, y que sea antijurídico, es decir, que no exista obligación de soportarlo."

Siguiendo esa línea jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de enero de 1997, se ha manifestado en relación a la antijuricidad en los siguientes términos:

"Nuestra Sala tiene dicho -S. de 10 de octubre de 1997, Ar. 7437 - que «el punto clave para la exigencia de la responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuricidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, "un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga" -S. de 3 de enero de 1997."

(iv) Relación de causalidad entre el daño infringido y la actuación del Ayuntamiento.

Finalmente, existe una relación de causalidad evidente entre la actuación administrativa por la que se cede sin título para ello el uso y disfrute de una nave propiedad del Sr. Juárez a la ONG, y los daños y perjuicios que posteriormente sufre ésta.

En relación a los requisitos necesarios para probar la relación de causalidad aquí afirmada, es preciso analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1998, la cual compendia tales requisitos y, sin perjuicio de que aquí no se analicen todos y cada uno de ellos de manera exhaustiva, cabe afirmar la existencia de relación de causalidad entre el daño sufrido por la ONG y la actuación del Ayuntamiento de Arribas de la Frontera.

(v) Quebrantamiento de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

La actuación de la Administración, en cuanto a la cesión del derecho de uso y disfrute de la propiedad del Sr. Juárez a la ONG, quebranta los principios de confianza legítima y seguridad jurídica que han de regir las relaciones de la Administración con los ciudadanos, tal y como establece el artículo 9.3 de la Constitución Española (Sentencia del Tribunal Suprema, de 1 de marzo de 1998).

De este modo, ante la presunción de legalidad de los actos administrativos, la ONG ha actuado conforme a derecho en todo momento y sobre la base de una buena fe manifiesta, tal y como se desprende de las importantes realizadas en la nave.

Así pues, el Principio de Confianza Legítima no se trata únicamente de un principio informador de las relaciones entre el administrado y las Administraciones Públicas,

sino que, yendo más allá, debe entenderse como un derecho del ciudadano frente a estas.

En este sentido la *-ut supra-* citada Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 1998, literalmente indica:

"(...) ha sido acuñado por reiteradas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de la que España forma parte y también asumido por la jurisprudencia de esta Sala que ahora enjuicia en numerosas sentencias de las que son una muestra las de 28 de febrero de 1989 (RJ 1989\1458) y 1 de febrero de 1990 (RJ 1990\1258), entre otras; que consiste en el denominado «principio de protección a la confianza legítima» al que tiene derecho todo ciudadano en sus relaciones con la Administración, no tan sólo porque se produzca en el mismo cualquier tipo de convicción psicológica, sino únicamente cuando la creencia del ciudadano se basa en signos o actos externos, que la Administración produce, lo suficientemente concluyentes para inducir razonablemente a aquél, a realizar u omitir una actividad que directa o indirectamente habría de repercutir en su esfera patrimonial o sus situaciones jurídicas individualizadas."

Consiguientemente, parece claro que las actuaciones de la Administración llevaron a la ONG a la certeza de estar actuando conforme a derecho, no solamente por la presunción de legalidad implícita en todos los actos de las Administraciones Públicas, sino del propio devenir de las relaciones de esa organización con el Ayuntamiento de Arribas de la Frontera, siendo éstas determinantes y concluyentes para que la ONG realizara las notables inversiones antes referidas.

CUARTO.- Sobre la nulidad de pleno derecho del acto de concesión de licencia de obras a la ONG. Artículo 62. 1 e) de la LRJPAC.

De conformidad con el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, puede afirmarse que el acto administrativo por el que el Ayuntamiento concede la licencia de obras a la ONG adolece de vicios que conllevarían a su nulidad radical.

En este sentido, el citado precepto de la LRJPAC establece

"1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) *Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) *Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*

g) *Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal."*

El artículo 38.4 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante, también, LOUA) faculta al Ayuntamiento de Arribas de la Frontera para llevar a cabo la modificación del instrumento de planeamiento que el caso indica.

Sin embargo, a luz de los hechos descritos, ese Ayuntamiento incurre en irregularidad procedimental y, por tanto su acto de concesión de licencia adolece de vicio de nulidad de pleno derecho, en el momento y hora en que no cumple con los requisitos de información pública que la LOUA establece en sus artículos 39, 40 y 41.

QUINTO.- Sobre las actuaciones que el propietario de la nave vecina puede realizar en vía administrativa. Solicitud de revisión de oficio.

1.- En primer lugar, es preciso señalar que, independientemente del análisis de la posible extemporaneidad para la interposición de recurso administrativo contra el acto de concesión de licencia de 2 de diciembre de 2013, por parte del vecino, éste en ningún caso estaría facultado para la interposición del mismo por no reunir la condición de interesado en el citado procedimiento.

No obstante, al amparo de la LRJPAC, sí parece posible que el vecino pueda solicitar a la Administración la Revisión del acto de concesión de la licencia otorgada a la ONG dada la nulidad radical que éste adolece. En este sentido, el artículo 102.1 de la LRJPAC, literalmente establece:

"1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1."

Es necesario reiterar la importancia del dictamen favorable del Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma correspondiente, como trámite

previo a la revisión de oficio de la Administración de disposiciones y actos nulos. La Sala 3ª del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2011, se ha pronunciado de la siguiente manera:

"Al haberse omitido el citado informe, la Orden 3245/2009, de 3 de julio, de la Consejera de Educación de la Comunidad de Madrid, por la que se regulan los institutos bilingües de la Comunidad de Madrid, estaría incurso en nulidad de pleno derecho así conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 (LRJAP), al no haberse seguido el procedimiento establecido, como sobre la base del apartado segundo del mismo precepto, al haber sido infringidas normas de carácter superior. No cabe apreciar el argumento de la Letrada de la Comunidad de Madrid relativo a la ausencia de nulidad de la Orden por no tener carácter vinculante el informe objeto de preterición, pues, si así fuera, no haría falta consultar nunca al Consejo Escolar, dado que todos los informes que la normativa autonómica ha dispuesto le sean requeridos, lo son con carácter exclusivamente preceptivo."

Por otro lado, el artículo 31 de la LRJPAC esclarece la condición de interesado en los siguientes extremos:

"1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento."

A la luz de los apartados a) y b) del citado precepto legal, parece obvio que el Vecino es titular de unos intereses legítimos que entran en palmario conflicto con concesión de la licencia otorgada que se expone en el presente supuesto.

La citada solicitud de revisión de acto nulo, de conformidad con el artículo 102 de la LRJPAC, podría llevarse a cabo sobre la base de los siguientes motivos:

- (i) Nulidad de pleno derecho del acto administrativo de concesión de la licencia urbanística a la ONG.

El artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, también, LRJPAC) establece que:

"1.-Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Así pues, podemos afirmar que estamos ante un acto administrativo nulo de pleno de conformidad con el artículo 62.1 e) de la LRJPAC, pues la concesión de la licencia en el seno de una modificación de instrumento de planeamiento no cumple los requisitos de publicidad exigidos por la LOUA.

En este sentido, la actuación de la Administración queda sometida a la Constitución y al Derecho, tal y como indica el artículo 103 de la propia Constitución Española, seguidamente el artículo 53.2 de la LRJPAC establece:

"El contenido de los actos ha de ser ajustado a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, y que en virtud del principio de tipicidad todo acto administrativo debe ser dictado en uso de una potestad y que su contenido material debe ajustarse al establecido por la norma que lo regula".

A la luz del citado artículo, parece lógico afirmar que el acto de concesión de licencia de obras a la ONG no es ajustado a derecho, pues contraviene la Ley de Ordenación Urbanística por cuanto no cumple los requisitos impuestas por ésta a efectos de publicidad.

Además, de que el acto de concesión de licencia de 2 de diciembre sea nulo de pleno derecho, por lo que no se ajustaría a derecho, sí lo haría, en todo momento, a los requisitos jurisprudenciales que la Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 2000, que estableció para la invocación de la nulidad radical de los actos administrativos, que ésta ha de ser: "clara, manifiesta y ostensible".

Y, dictar un acto administrativo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido es una actuación suficientemente clara, manifiesta y ostensible para declarar la nulidad de pleno derecho de la concesión de la licencia urbanística.

Todo ello, sin perjuicio de que, como se estudiará en fundamentos posteriores la actuación del Ayuntamiento en cuanto a la concesión de la licencia pueda incurrir

en infracciones tipificadas en el Código Penal (en adelante, también, CP) relativas a delitos contra la ordenación urbanística.

(ii)- Anulabilidad del acto administrativo de concesión de la licencia urbanística a SOLARES Y VIVIENDAS.

El acto del Ayuntamiento, de 2 de diciembre de 2013, es anulable con carácter subsidiario, en caso de no declararse la nulidad radical del acto de la que, como hemos expuesto en el motivo anterior, adolece la citada actuación administrativa.

El artículo 63.1 de la LRJPAC, en relación a la anulabilidad de los actos administrativos, dispone:

"Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder."

De nuevo, dictar un acto administrativo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, infringe el ordenamiento jurídico. Más en concreto, los requisitos de la LOUA en relación a la publicidad de las modificaciones de los instrumentos de planeamiento.

2.- De conformidad con el artículo 104 de la LRJPAC, es posible que el Vecino solicite la medida cautelar de suspensión y ejecutividad de la licencia de obras concedida, sobre la base de vicios de nulidad, a la ONG.

El citado artículo 104 de la LRJPAC, literalmente establece:

"Iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolver podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación".

SEXTO.- Defensa ante la jurisdicción contencioso administrativa.

1.- El vecino, al amparo de lo establecido en los artículos 19, 45, 46 y concordantes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, también, LJCA) puede interponer Recurso Contencioso-Administrativo contra el acto del Ayuntamiento, de 2 de diciembre de 2013, por la que se concede una licencia de obras a la ONG prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Los fundamentos de derecho sobre las que puede fundarse dicho recurso serían los mismos utilizados en la argumentación jurídica realizada en la solicitud de Revisión de Oficio precedente:

- (i) Nulidad de pleno derecho.
- (ii) Anulabilidad.

2.- Asimismo, mediante OTROSÍ DIGO, en el posible Recurso Contencioso-Administrativo contra el acto de 2 de diciembre de 2013 el Vecino puede solicitar la suspensión de la eficacia y ejecución del acto administrativo impugnado, o bien el mantenimiento del mismo en el caso de que se estimase la solicitud en vía administrativa, de conformidad con los artículos 129 y siguientes de la LJCA.

La medida cautelar de suspensión de la ejecución de un acto administrativo impugnado mediante recurso contencioso-administrativo, tiene como ulterior finalidad, en virtud del artículo 130.1 de la LJCA, asegurar la legítima finalidad del recurso. En este sentido, puede considerarse la institución jurídica de la medida cautelar como punto de encuentro o equilibrio entre el principio de eficiencia de la actuación administrativa y el principio de la tutela judicial del administrado, debiendo ser valorado cual de los dos principios debe tener preferencia en cada caso concreto (TCO 148/1993;TS 21-11-93).

En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala 3ª), en su Sentencia de 11 de julio de 2011:

"El máximo intérprete constitucional ha sentado que la justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 148-93, 29 de abril), ya que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso".

más allá de una excepción ejercida por el mismo. Dicha facultad puede ser llevada a cabo siempre que la ejecución del acto administrativo en cuestión ponga en peligro la finalidad del recurso en sí.

De esta manera, el ya mencionado artículo 130 de la LJCA dispone:

"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."

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2006, recoge las notas características de la regulación de las medidas cautelares expuesta en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, señalando que:

"La vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio se integra, como se ha expresado, por un sistema general (Arts. 129 a 134) y dos supuestos especiales (Arts. 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que la <medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso>.

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención al anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora <la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero>.

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y que por lo demás se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia del buen derecho (fumus boni iuris), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del ámbito de la pieza separada de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar".

Consiguientemente, a tenor de lo aquí expuesto, la adopción de medida cautelar que signifique la suspensión de un acto administrativo viene determinada por la concurrencia o no de los siguientes presupuestos:

(i)- Periculum in mora. Pérdida de la finalidad del recurso.

Desde la doctrina del Tribunal Supremo se deja claro que la finalidad última de la adopción de medidas cautelares es evitar la desvirtuación de la efectividad de la sentencia. En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2011 (Rec 7117/2010) establece que:

"la razón de ser de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un

pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio imposible o difícil reparación como dice expresivamente el artículo 129 de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, asegurando la efectividad de la sentencia. Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil”.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005, desde la misma perspectiva, señala:

“En los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000 se señala que esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del periculum in mora

Así pues, la ejecutividad de la licencia concedida en 2 de diciembre de 2013 esto es, que se haga efectiva la licencia urbanística otorgada y, consiguientemente, las obras en la zona libre de la parcela.

Hacer efectiva la licencia urbanística, realizando las obras en la zona libre de la parcela, conllevaría a unos perjuicios que el Vecino no tiene el deber jurídico de soportar, más aún cuando de los hechos del caso se desprende que sobre la base de una licencia de obras otorgada sin el preceptivo procedimiento legalmente previsto, la ONG se ha extralimitado en sus actuaciones edificando en suelo clasificado como no urbanizable.

(ii)- Perturbación de los intereses generales.

Tras la preceptiva ponderación de los intereses particulares, el Vecino, y los intereses generales, representados por las legítimas pretensiones de la Administración, puede concluirse que la suspensión de la eficacia del acto impugnado no supone, bajo ninguna circunstancia, perjuicio alguno a los intereses generales.

En esta línea argumental, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 2011, dispone que:

“(…) para que se aplique el artículo 129 de la LJCA, requiere que no se prejuzgue el fondo del asunto, y que se ponderen adecuadamente los intereses en conflicto, denegándose la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero que deban prevalecer, atendiendo siempre a un juicio comparativo de

los intereses en disputa, debiéndose, sino acreditar, al menos, aportar razones que justifiquen la pretensión esgrimida”.

De los hechos expuestos, se deduce la inexistencia de intereses generales o, de tercero, dañados por la adopción de la medida cautelar. En este sentido, cualquier hipotético interés de tercero desaparece por cuanto la construcción se está realizando de conformidad con una licencia otorgada en virtud de nulidad radical, a la vez que la edificación en suelo clasificado como no urbanizable contraviene el ordenamiento jurídico.

iii)- *Fumus bonis iuris.*

Este presupuesto tiene un origen puramente jurisprudencial, pues el artículo 139 de la LJCA no lo contempla expresamente.

El Tribunal Supremo, en su Auto de 10 de julio de 2008, dispuso lo siguiente en relación a la Apariencia del Buen Derecho:

"La apariencia de buen derecho encuentra su modo de exteriorización más adecuado cuando el acto objeto de la petición cautelar haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados. Pero –también ha esos dos supuestos no agotan las hipótesis de la ostensibilidad determinante de la apariencia de buen derecho, pues esta será también de considerar cuando el contenido de la propia resolución administrativa impugnada ofrezca directamente elementos suficientes de los que directamente resulte el fumus boni iuris.

Ante esto, la solicitud de medida cautelar de suspensión de la ejecutividad y eficacia del acto de concesión de licencia de 2 de diciembre de 2013 de manera clara, cumple el requisito jurisprudencial de *fumus bonis iuris*.

SÉPTIMO.- Sobre la responsabilidad penal de la ONG por la edificación en suelo clasificado como no urbanizable. Artículo 319.2 del Código Penal.

1.-El artículo 319. 2 del CP, en cuanto a delitos contra la ordenación urbanística del territorio establece:

"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."

En este sentido, la ONG procede a edificar en suelo clasificado como no urbanizable lo que, además de significar una extralimitación del contenido material de la licencia de obras concedida, puede suponer una causa de responsabilidad penal por la comisión de un delito contra la ordenación urbanística del territorio.

Así pues, es posible subsumir la actuación de la ONG, por cuanto edifica en suelo clasificado como no urbanizable, en el tipo penal del ya citado artículo 319. 2 del Código Penal.

2.- De manera breve y concisa, de conformidad con la, Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (en adelante, también, LECr), concretamente, sus artículos 259 y 270, este último a la acción pública regulada en el artículo 101 de esa misma norma legal, los procesos judiciales en los que podría verse inmerso la ONG vendrían iniciados por denuncia o querrela.

Asimismo, que la ONG sea una persona jurídica no obsta la responsabilidad penal en que incurre por la edificación en suelo clasificado como no urbanizable – *ex artículos 118 y 119 de la LEcr.*

CONCLUSIONES

PRIMERO.- Procede el ejercicio de la Acción Reivindicatoria de conformidad con el artículo 348 del Código Civil por parte del Sr. Juárez contra la ONG.

SEGUNDO.- Procede el ejercicio de la Acción Declarativa de Dominio por parte del Sr. Juárez contra el Excmo. Ayuntamiento de Arribas de la Frontera. Previamente al ejercicio de la referida acción legal, de conformidad con el artículo 120 de la LRJPAC, el Sr. Juárez deberá interponer la preceptiva reclamación previa en vía administrativa.

TERCERO.- Cabe la posibilidad que la ONG interponga reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Excmo. Ayuntamiento de Arribas de la Frontera, al amparo del artículo 139 de la LRJPAC.

CUARTO.- Existe la posibilidad que el Vecino, en virtud del artículo 102 de la LRJPAC, solicite a la Administración la revisión de oficio la concesión de licencia de obras a la ONG.

Dicha solicitud puede ir acompañada de petición de medidas cautelares de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, de conformidad con el artículo 104 de la LRJPAC.

QUINTO.- Es posible que, en su caso, el Vecino interponga Recurso Contencioso-Administrativo contra el acto de otorgamiento de licencia urbanística, en virtud de los artículos 19, 45 y 46 de la LJCA.

SEXO.- Existe la opción de que el Vecino interponga denuncia o querrela contra la ONG por incurrir su actuación en delito contra la ordenación del territorio, de conformidad con el artículo 319.2 del CP y artículos 259 y 270 de la LEcr.

En Sevilla, a 9 de junio de dos mil catorce.