

Roj: **AJI 8/2018 - ECLI: ES:JI:2018:8A**Id Cendoj: **30030430022018200001**Órgano: **Juzgado de Instrucción**Sede: **Murcia**Sección: **2**Fecha: **19/06/2018**Nº de Recurso: **6624/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**Ponente: **MIRIAM MARIN GARCIA**Tipo de Resolución: **Auto****JDO. INSTRUCCION N. 2 MURCIA**

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVDA. DE LA JUSTICIA S/N, FASE 2 - MODULO 1, 3ª PLANTA; C.P 30011

Teléfono: 968229160-968229262 **Fax:** 968229256

Equipo/usuario: MMG Modelo: 425000

DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0006624 /2013**N.I.G:** 30030 43 2 2013 0294555

Delito/Delito Leve: CONTRA REC.NATURALES/MED. AMBIENTE POR IMPRUDENCIA

Denunciante/Querellante: MINISTERIO FISCAL, Valle Procurador/a: , SANTIAGO SANCHEZ ALDEGUER

Abogado: JOSE ANTONIO GARCIA SANCHEZ

Contra: EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MURCIA EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MURCIA, Covadonga , Marcelina , Baldomero , Zaira Procurador/a: JOSEFA GALLARDO AMAT, MANUEL SEVILLA FLORES , MARIA SONSOLES BARROSO HOYA , JOSE JULIO NAVARRO FUENTES , ALFONSO ALBACETE MANRESA

Abogado: JAVIER TIBERIO VIDAL MAESTRE, AURELIO LLANES CASTAÑO , MIGUEL PARDO DOMINGUEZ , JOSE MARIA CABALLERO SALINAS , ISABEL MARIA ALCARAZ ABELLAN

AUTO

En MURCIA, a diecinueve de junio de dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las presentes actuaciones traen causa de la denuncia que se formuló por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO000 , a la que se adhirió posteriormente la CP DEL EDIFICIO001 , en las que se da cuenta de la insostenible situación que han sufrido desde hace años los vecinos de la CALLE000 DE MURCIA, al tener que soportar los ruidos y las aglomeraciones generadas fundamentalmente de jueves a domingo, en días de fiestas y durante el mes de diciembre, a consecuencia del funcionamiento de los bares, restaurantes y locales de ocio ubicados en dicha calle de salón.

En la denuncia se indicaba que por parte del Ayuntamiento de Murcia se han concedido licencias sin orden ni concierto, permitiendo que en una calle de apenas diez metros de ancho se hayan ubicado hasta once locales de ocio, algunos de ellos con fachadas totalmente abiertas al exterior y la mayoría con licencia para la instalación de terrazas, lo que provoca un nivel de sonoridad que impide el descanso de los vecinos y genera riesgos de orden público y de seguridad ciudadana.

La denuncia se formuló inicialmente contra la Concejal de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Murcia, DÑA. Covadonga por la posible comisión de los delitos contra el medio ambiente y de prevaricación ambiental, previstos en los arts. 325 y 329 del Código Penal .



La denuncia se amplió posteriormente contra la Concejal de Calidad Urbana, D^{ña}. Marcelina , contra el Concejal de Urbanismo y Vivienda, D. Baldomero , constando también como investigada en esta causa D^{ña}. Zaira , en su condición de Jefa del Servicio Administrativo de Licencias de Actividad (Servicio de Actividades y Disciplina Ambiental dependiente de la Concejalía de Urbanismo y Vivienda, actualmente Concejalía de Urbanismo, Medio Ambiente y Huerta).

SEGUNDO.- Por auto de 29/04/2016 se desestimaron las peticiones de sobreseimiento y archivo instadas por las defensas de D^{ña}. Covadonga , D^{ña}. Marcelina , D^{ña} Zaira y por el Excmo. AYUNTAMIENTO DE MURCIA y se acordó la continuación de la instrucción y la práctica de nuevas diligencias.

TERCERO.- La Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Murcia, en auto de fecha de 7/06/2017 , confirmó en apelación el auto de este Juzgado de fecha de 29/04/2016 , si bien puso de manifiesto que "en estos delitos existe una frontera difícil de deslindar entre el ilícito penal y el ilícito administrativo o responsabilidad patrimonial de la administración en su caso" y que la instrucción tendría que determinar qué concretas competencias tenían cada uno de los investigados y qué deberes específicos se habrían incumplido por cada uno de ellos y cuál sería el grado de incumplimiento, a fin de determinar la relevancia penal de los hechos denunciados.

CUARTO.- Se han practicado las diligencias que se han estimado necesarias para la investigación de la causa, entre ellas, el ofrecimiento de acciones y toma de declaración a los denunciados, la práctica de reconocimientos forenses de los perjudicados, la aportación de la extensa documental referente a los expedientes de concesión de licencias de los locales de ocio, a los expedientes sancionadores incoados por quejas vecinales, a las vigilancias policiales llevadas a cabo en la zona, así como a las medidas administrativas adoptadas con anterioridad y con posterioridad a la denuncia, habiendo quedado también unidas a la causa las grabaciones, recortes de prensa y fotografías aportadas por la parte denunciante.

QUINTO .- La procuradora D^{ña}. Sonsoles Barroso Hoya, en defensa de D^{ña}. Marcelina , presentó el escrito de fecha de 8/05/2018 por el que, en base a los argumentos expuestos, interesó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

SEXTO.- El MINISTERIO FISCAL, en informe de fecha de 23/05/2018, ha interesado el sobreseimiento provisional de las actuaciones previsto en el art. 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en base a la argumentación que se contiene en el mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Tal como ya se expuso en el auto de fecha de 29/04/2016 , la documentación aportada por el Ayuntamiento muestra que en la CALLE000 han funcionado los siguientes locales de ocio:

1.- TABERNA CASA **VOLAPIÉ** , taberna sin cocina, ni música, cuyo titular es VOLAMURCIA SL. Dispone de licencia de actividad desde el 29/01/2012 (Expediente NUM000), con un aforo de 78 personas. En el expediente nº NUM001 se le concedió licencia para instalar 12 mesas en la terraza, con 4 sillas cada una, que se amplió a 16 mesas en el Expediente nº NUM002 .

2.- CAFÉ BAR **THE BLACK CROW** , dispone de licencia de puesta en funcionamiento de 26/05/2005 a favor de Luis Angel , para ejercer la actividad de café bar, sin cocina, ni música (expediente nº NUM003 , con un aforo de 61 personas. Tenía licencia a favor de DIRECCION000 CB para instalar en la vía pública 6 mesas con cuatro sillas cada una, que se amplió a 9 mesas el 2/05/2013 (expedientes nº NUM004 y NUM005).

3.- CAFÉ BAR **CHINA TOWN** , dispone de licencia de café bar con música (expediente nº NUM006 de 23/03/2011) con aforo para 86 personas, siendo el titular de la actividad la entidad CAFÉ DOBLE PUERTA SL, con CIF nº B-73616682. En cuanto a la terraza, tiene instalados en la vía pública 8 mesas con 4 sillas cada una, disponiendo de licencia para ello con expediente nº NUM007 de fecha de 18/04/2011, con la ampliación concedida el 20/02/2013 en expediente nº NUM008 .

4.- CAFÉ BAR **EL NUEVE** . El titular de la actividad es NUEVE PISOS SL, con CIF nº B-30380737. Tiene licencia para funcionar como bar sin cocina ni música desde el 28/03/2012, con aforo para 32 personas (expediente nº NUM009). Tenía licencia para 3 mesas en terraza por decreto de 23/03/2012, que se amplió hasta 8 mesas por decreto de 30/04/2013 (expediente nº NUM010).

5.- RESTAURANTE **GOURMET** , dispone de licencia de café bar con cocina, con aforo para 73 personas conforme al expediente nº NUM011 de fecha de 9/10/2008, siendo el titular de la actividad DIRECCION001 CB, con CIF nº E-73519308. En la terraza tiene colocadas 6 mesas con 4 sillas cada una y un toldo, conforme a lo autorizado en el expediente nº NUM012 .



6.- **ALTEABAR** , dispone de licencia de café bar con música, con expediente nº NUM013 de fecha de 23/04/2004, con aforo para 56 personas, siendo el titular de la actividad ALTEA CAFÉ SL, con CIF nº B-73259682. En la terraza tiene licencia para instalar 12 mesas con 4 sillas cada una, autorizadas en el expediente nº NUM014 de fecha de 30/06/2004 con la ampliación concedida el 20/02/2013 en expediente nº NUM015 .

7.- **RESTAURANTE MORALES** , dispone de licencia para ejercer la actividad de restaurante, con aforo para 78 personas (expediente nº NUM016 de 3/09/2009), siendo su titular la entidad RESTAURANTE MORALES SL con CIF nº B-30263701. Tiene licencia para 6 mesas (expediente nº NUM017).

8.- **EL RINCONCILLO DE MORALITO** , tiene licencia de café bar sin música ni cocina, con aforo para 46 personas, a favor de Luciano concedida en fecha de 15/07/2013 (expediente nº NUM018). La licencia estuvo en trámite por cambio de titular desde el 11/04/2012 con nº NUM019 al ser el antiguo BAR RINCON DE TONI gestionado por Penélope . Tiene licencia para 6 mesas en terraza (expediente nº NUM020)

9.- **CIBORICCO PIZZA**, café bar de reciente apertura instalado en el local que anteriormente funcionaba como la peluquería José Torrente.

10.- **MALA PECA** , dispone de licencia para café bar con música y sin cocina (expediente nº NUM021) cuyo titular es CTMUR SURESTE SL. Con anterioridad fue el bar *DECCO* y antes de ello el *PICARO BAR* , cuyo titular era SOLUCIONES FINANCIERAS SL. Tenía licencia para instalar 6 mesas en terraza, que se amplió a 10 mesas por decreto de 14/03/2013 (expediente nº NUM022).

11.- **ENBOGA** (Antiguo *PUNTO Y COPA*) cuyo titular es TONTODROMO SL., dispone de licencia para restaurante pizzería con música, con aforo de 196 personas. El expediente inicial de concesión de licencia era el nº NUM023 , si bien al solicitar cambio de titular y ampliación de la actividad se inició el expediente nº NUM024 , con licencia de apertura de fecha de 4/06/2012. Tenía licencia para 4 mesas en terraza, que se amplió a 6 mesas en terraza (expediente nº NUM025) por la ampliación concedida el 25/02/13.

12.- **SUKEI**, café bar sin música ni cocina a nombre de JUST FOOD SL. La licencia para su actividad se tramita en el expediente nº NUM026 iniciado el 15/04/2014 por la solicitud del cambio de nombre y la subrogación de los derechos y obligaciones del anterior titular MARCOLL OCIO SL., que inició el expediente de licencia nº NUM027 .

A estos hay que añadir el CAFÉ **KARAOKE PEREZ CASAS** cuyo titular era CAFETERÍAS LÓPEZ HERNÁNDEZ SL, con CIF nº B- 30363840 que aunque cesó en su actividad en el mes de febrero de 2015 estuvo en funcionamiento sin licencia al menos desde diciembre de 2009. El 13/05/2015 se denegó la licencia de actividad por Decreto del Concejal Delegado de Urbanismo. Dispone de licencia para la instalación de 8 mesas con 4 sillas cada una (expediente nº NUM028 de 4/08/1998 y NUM029).

Se trata de una calle de salón pequeña, con apenas diez metros de ancho, en la que funcionan once o doce locales de ocio que tienen un horario de actividad de jueves a domingo que les permite abrir hasta las 2:00 horas (café bar sin cocina ni música) o hasta las 4:00 horas (café bar con música), más 20 minutos adicionales para el desalojo de clientes y a los que se han concedido licencias de terraza para ocupar la vía pública, con autorización para poner un total de más de 250 sillas.

SEGUNDO.- En el referido auto de 29/04/2016 ya se hacía constar que de la documentación aportada por la Policía Local de Murcia se desprende que en el año 2012 se efectuaron por los vecinos de la CALLE000 43 llamadas al 092 por los ruidos y molestias generados por las actividades de ocio ubicadas en dicha vía (folios 4056 a 4071), una llamada al servicio SARC el día 24/02/2012 informando de continuas molestias de ruidos por la aglomeración de personas, por orines en las entradas a las viviendas, por vómitos en la calle y suciedad en la zona, sobre todo los viernes y sábados (folio 4073). Se presentó una reclamación por correo electrónico solicitando más presencia policial y una queja ante la Oficina de Atención al Ciudadano el día 17/04/2012 por el incumplimiento del horario de cierre de los locales, por la instalación de mesas y sillas, por impedir el tránsito normal de personas en la zona, por el consumo de alcohol en la vía pública y los continuos gritos y molestias ocasionados a los vecinos (folio 4075).

En el mismo año 2012 constan abiertos al menos tres expedientes en el Ayuntamiento (Expedientes nº NUM030 , nº NUM031 y NUM032 por las quejas formuladas por la CP del EDIFICIO002 (folio 4768), por las realizadas por D. Jeronimo en junio y diciembre de 2012 (folios 4773-4774 y 4776-4777).

En el año 2013 se recibieron por la policía 7 quejas y 133 llamadas en el 092 por ruido y otras molestias en la CALLE000 (folios 4083 y siguientes).

En el año 2015 se registraron 39 llamadas en el 092 por quejas por ruidos en la referida calle.



Como consecuencia de las quejas vecinales se estableció un dispositivo policial preventivo de vigilancia para velar por el cumplimiento de la normativa y de las ordenanzas municipales.

A la vista de las actas e informes policiales, así como del resto de los documentos aportados por la CP denunciante, entre otros, los recortes de prensa (folios 30 y 31), las fotos, las grabaciones videográficas realizadas por los vecinos (DVD-doc 6 folio 684), los informes de los detectives Cipol (folios 279 a 287 y 664 a 683) o la grabación sonométrica realizada en la vivienda de Valle el día 5/04/2015 (folios 662 a 664), así como por las manifestaciones realizadas por los denunciantes en sus declaraciones en el Juzgado, resulta innegable que ha existido un grave problema en la CALLE000 , cuyos vecinos han estado soportando ruidos y molestias continuos.

TERCERO.- No obstante, tal como pone de manifiesto el MINISTERIO FISCAL en su pormenorizado informe de 23/05/2018, cuyos fundados argumentos han de acogerse y darse por reproducidos y tal como indica la defensa de Dña. Marcelina en su escrito de 8/05/2018, no concurren en el presente caso los indicios suficientes como para atribuir a los investigados la posible comisión de un delito de contaminación acústica del art. 325 CP , ni de un delito de prevaricación medioambiental del art. 329 CP .

CUARTO.- Así, el delito contra el medio ambiente, en su modalidad de contaminación acústica, previsto en el artículo 325 del Código Penal , en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, castiga al que:

"Contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales". Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas a la pena de prisión se impondrá en su mitad superior".

Se trata de una norma penal en blanco que se completa con la remisión a las "leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del Medio Ambiente".

En materia de ruido este marco normativo se integra, por la *Directiva 2002/49/C.E. de 25 de Junio de 2002* sobre la Evaluación y Gestión del medio ambiente y a nivel interno, por el *art. 45 de la Constitución* , por las leyes estatales que se dictan en el ejercicio de la competencia exclusiva para la legislación básica sobre protección del medio ambiente que atribuye al Estado el art. 149.1.23 CE , en concreto, la *Ley 37/2003, de 17 de Noviembre, del Ruido* , desarrollada reglamentariamente por el *RD 1513/2005, de 16 de diciembre, de Evaluación y Gestión del Ruido Medioambiental* y por el *RD1367/2007, de 19 de octubre, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas* . La normativa se complementa con las leyes o disposiciones Generales que dictan las Comunidades Autónomas al amparo del art. 148.1.9 CE y con las Ordenanzas municipales.

En el ámbito de la ciudad de Murcia no hay una normativa autonómica específica sobre ruido, pero rige en la materia la *Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada* que hace referencia a ello en el art. 4 y la *Ordenanza Municipal sobre Protección del Medio Ambiente contra la Emisión de Ruidos y Vibraciones de 30 de marzo de 2000* , que será sustituida por la Nueva Ordenanza de 3 de abril de 2014, que se encuentra en tramitación.

El delito de contaminación acústica ha sido analizado por la jurisprudencia de la Sala Segunda del *Tribunal Supremo*, en sentencias como las de 24 de febrero de 2003 , 10 de octubre de 2006 , 16 de junio de 2009 , 16 de noviembre de 2009 , 2 de marzo de 2012 , 13 de marzo de 2013 , 16 de mayo de 2013 o 22 de octubre de 2014 . Estas resoluciones reconocen que este tipo penal tiene una estructura compleja, en la que, sobre la premisa de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, se produce la emisión nociva de un vertido, en este caso, la producción de un ruido.

El citado tipo exige, por tanto, el concurso de los siguientes elementos:

- A) Una acción, definida como, "provocar" o "realizar" directa o indirectamente ruidos, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas.
- B) Un elemento normativo, que consiste en la infracción de norma medioambiental, es decir norma protectora del medio ambiente, nacional, autonómica, local o bien de la Comunidad Económica Europea.
- C) La producción de un resultado típico consistente en la creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas o de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.



D) El tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por su conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro.

Se ha suscitado discusión doctrinal sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o de mera actividad o bien se exige un peligro concreto para las personas o la naturaleza y se ha considerado finalmente que se trata de infracción de peligro hipotético o potencial.

De acuerdo con ello, es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido, que con fundamento en el artículo 45 de la Constitución es el desarrollo de la persona y el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente por lo que esta figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención prioritaria en la salud de las personas, aunque nadie discute que la protección alcanza al medio ambiente, trascendiendo por tanto de los exclusivos derechos fundamentales de titularidad individual, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 2004 en la que se reconoce que el ruido no es sólo un factor psicopatológico, sino también una fuente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos.

QUINTO.- No obstante, tal como apunta el MINISTERIO FISCAL, desde un punto de vista jurídico, el delito de "contaminación acústica" exige que se traspasen los límites máximos de ruido tolerables para el ciudadano medio, siendo estos límites los que se recogen en las normas y reglamentaciones jurídicas.

En concreto, los valores límites de inmisión sonora se fijan en el art. 8 de la Ordenanza de Protección del Medio Ambiente contra la Emisión de Ruidos y Vibraciones que establece que: "No se permitirá el funcionamiento de actividades, máquinas o instalaciones que generen un nivel sonoro en el interior de edificios colindantes o receptores superior a los siguientes VALORES LÍMITE DE RUIDO EN EL INTERIOR DE EDIFICIOS: cuando la medición se efectúe con ventana entreabierta se aplicarán los siguientes niveles en viviendas: 50 db de día y 40 db de noche; cuando las mediciones se efectúen con la ventana cerrada: en las piezas habitables excepto cocina: 35 db de día y 30 db de noche y en el pasillo, aseos y cocina: 40 db de día y 35 db de noche".

Según indica el MINISTERIO FISCAL en sus informes de 18/05/2015, 10/11/2015, 15/03/2016, 29/12/2016 y 23/05/2016, resulta esencial conocer qué niveles de ruido han soportado los vecinos de CALLE000 y aunque en el auto de este Juzgado de 29/04/2016 se consideró que podría presuponerse que el jaleo que provocaría la conversación de más de 250 personas que estaban autorizadas a sentarse en las terrazas, junto al bullicio de la gente que entraba y salía de los locales, podría superar los niveles aceptables, sin embargo, lo cierto es que no se dispone de unas mediciones sonométricas que permitan determinar hasta qué nivel de ruido se ha estado soportado ni durante cuánto tiempo en concreto, ni se ha podido identificar e individualizar la fuente de ruido al objeto de concretar si la posible superación de los niveles máximos de inmisión sonora permitidos por las ordenanzas municipales tenía su origen en uno o varios locales de ocio determinados y en la música que emanaba de los mismos en el tiempo en el que funcionaron sin una correcta insonorización o si dicho ruido del que se quejaban los vecinos provenía de la confluencia de gente en la vía pública.

En el presente caso la instrucción no ha permitido constatar tampoco indicios suficientes de la existencia de un grave riesgo a la salud pues en los informes médicos emitidos por el forense (f. 1282 y 1283) se concluye respecto a los dos perjudicados que fueron examinados que "no se puede constatar que a consecuencia del ruido hayan padecido daño corporal alguno".

Ante esta situación no cabe sino acceder a la petición de sobreseimiento que insta el Fiscal y las defensas pues, tal como ya puso de manifiesto la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia al resolver la apelación en su auto de 7/06/2017, **"en estos delitos existe una frontera difícil de deslindar entre el ilícito penal y el ilícito administrativo o responsabilidad patrimonial de la administración en su caso"** y para determinar en qué casos ha de acudir al Derecho Penal y qué conductas son merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del **Principio de Intervención mínima que debe informar el Derecho Penal**, según el cual no basta la trasgresión de una disposición administrativa general protectora del medio ambiente para que pueda actuar el Derecho Penal, sino que se requiere además un riesgo grave de afección del bien jurídico protegido.

Así, sólo ante los ataques más intolerables será legítimo el recurso al Derecho Penal, porque como enseña la STS de 24/2/2003 el examen del artículo 325 del Código Penal revela que *es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal*. La sanción penal debe reservarse, por consiguiente, para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido (el medio ambiente y la salud de las personas) en una situación de peligro grave, para lo cual se ha de tener en cuenta la intensidad y la duración de la conducta.



SEXTO.- En cuanto al posible delito de prevaricación administrativa ambiental, el art. 329 CP castiga a: " *la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*".

Por su parte, el delito de prevaricación genérico art. 404 CP castiga a la " *autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*".

Conforme a la jurisprudencia, (por todas la STS número 82/2017 de 13 de febrero) el delito de prevaricación es un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Con la regulación y aplicación del delito de prevaricación no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la jurisdicción penal, sino sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado la resolución sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, (SSTS S. contencioso de 20-11-2009 y 9-3-2010).

En este sentido *el tipo de la prevaricación exige que concurren los siguientes requisitos :*

En primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo.

En segundo lugar, que sea contraria al derecho, es decir, ilegal.

En tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable. Lo anterior es importante pues no toda actuación administrativa irregular puede calificarse de prevaricadora. Ello comportaría una indeseable extensión del espacio de intervención penal, comprometiendo el desarrollo razonable de las actuaciones administrativas y, por tanto, convirtiendo en excepcionales los remedios que contempla el propio subordenamiento administrativo que, no lo olvidemos, ofrece importantes y eficaces mecanismos (en la época Ley 30/1992 en relación a la nulidad y anulabilidad) reparatorios de los perjuicios causados ante actuaciones públicas carentes de justificación o en colisión con las normas.

En cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto.

En quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

El delito de prevaricación del art. 404 CP , tal como también indica el Ministerio Fiscal en su informe de 23/05/2018, puede perpetrarse no solo por acción, sino también por omisión, que es lo que ha sido objeto de investigación en este caso, en el que se ha tratado de determinar si los responsables municipales contra los que se dirigió la denuncia han de responder penalmente por una posible pasividad ante el problema de la CALLE000 , por no adoptar las medidas de protección frente al ruido que debían acordar en el ejercicio de las competencias de sus cargos.

SEPTIMO.- A este respecto, la Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Murcia, en su auto de 7/06/2017 , puso de manifiesto que la instrucción " *tendría que determinar qué concretas competencias tenían cada uno de los investigados y qué deberes específicos se habrían incumplido por cada uno de ellos y cuál sería el grado de incumplimiento* ", pues de ello dependería la relevancia penal de los hechos denunciados.



En concreto, la investigación se dirigió frente a D^{ña}. Covadonga , que ostentó el cargo de Concejala de Medio Ambiente desde el 2011 hasta marzo de 2013, contra D^{ña}. Zaira , jefa del Servicio Administrativo de Actividades y Disciplina Ambiental (desde 1/04/2014 Servicio Administrativo de Licencias de Actividad) integrado en la Concejalía de Urbanismo y Vivienda (ahora Concejalía de Urbanismo, Medio Ambiente y Huerta), contra D^{ña}. Marcelina , Concejala de Calidad Urbana e Infraestructuras y contra el Concejala de Urbanismo y Vivienda, D. Baldomero .

En cuanto a las competencias de cada uno de ellos, tal como se indicó en el auto de 29/04/2016 :

El art. 25.f) de la Ley de Bases de Régimen Local , atribuye a la Administración local competencias para la "protección del medio ambiente".

En el Ayuntamiento de Murcia, la delegación de dichas competencias se fijó por el *Decreto de Organización de los Servicios Administrativos del Ayuntamiento de Murcia de 14/06/2011* , por el que se nombraron los concejales delegados de cada área y se establecieron las competencias que se atribuían a cada uno de ellos. Por el *acuerdo de la Junta de Gobierno de 17/06/2011* se establecieron las delegaciones de competencias a las Concejalías y por el *acuerdo de la Junta de Gobierno de 21/12/2011* se aprobaron las estructuras orgánicas de las Concejalías de Urbanismo y Vivienda, Calidad Urbana e Infraestructuras y Medio Ambiente. Este último fue modificado posteriormente por el *Acuerdo de la Junta de Gobierno de 20/03/2014* .

En base a esta distribución, la competencia para otorgar las licencias de apertura de los locales de la CALLE000 y para ejercer la potestad sancionadora en caso de incumplimiento de las mismas o de actuación sin licencia se atribuye a la Concejalía de Urbanismo y Vivienda y, dentro de ella, al Servicio Administrativo de Actividades y Disciplina Ambiental.

La competencia para otorgar licencias de ocupación de la vía pública (sillas y mesas para terrazas de los locales) y para ejercer las sanciones por incumplimiento se otorga a la Concejalía de Calidad Urbana e Infraestructuras.

El resto de competencias en materia de protección del Medio Ambiente se encomienda a la Concejalía de Medio Ambiente. En concreto, en materia de ruidos, su competencia se ciñe a los que no sean producidos por actividades sometidas a licencia.

En el mismo auto de 29/04/2016 , en los Fundamentos Jurídicos Undécimo, Décimo Tercero y Décimo Cuarto se hacía referencia expresa a la normativa administrativa de atribución de competencias a los investigados, la cual se da por reproducida por remisión a dicha resolución.

En dichos Fundamentos Jurídicos se mencionan las denuncias que se interpusieron a lo largo de varios años contra cada uno de los locales abiertos en la CALLE000 y contra las terrazas explotadas por los mismos.

OCTAVO.- Pese a ello, y tal como apunta el Ministerio Fiscal, en dicho auto de 29/04/2016 se reconoce también que, tal como se desprende de la documental aportada, la perfilación de locales en dicha calle no encierra ilegalidad, pues no había norma que lo impidiera y, de hecho, en la actualidad todos los locales tienen regularizada su situación con los informes técnicos favorables, por lo que eran legalizables y no estaba vedado dar licencias para mesas y sillas en dicha calle, ni se interpuso ningún recurso administrativo contra su concesión.

También de la documental aportada se desprende que por parte de los servicios municipales se incoaron los expedientes de Disciplina Ambiental que se pormenorizan en el escrito del Fiscal de 23/05/2018, en concreto, 6 en el año 2012, 12 en el año 2013 y 19 en el año 2014.

También se detallan los expedientes tramitados en el escrito de petición de archivo de D^{ña}. Zaira (Expedientes al BAR 9 de "NUEVE PISOS SL": n^o NUM033 (folios 3181 a 3216), n^o NUM034 (f. 3218 a 3230, n^o NUM035 (f. 3803 a 3814), n^o NUM036 (f.3816 a 3892), n^o NUM037 (f. 3894 a 3940); Expedientes al bar EMBOGA de TONTODROMO SL: n^o NUM023 , n^o NUM024 así como los que constan en autos como documentos 18, 19, 32, 34, 35, 36, 37, 38 y 39 de los aportados al juzgado en julio de 2014; Expedientes al BAR KARAOKE PEREZ CASAS: n^o NUM038 al que se le denegó la licencia el 13/05/2015 procediendo al cierre.

Constan aportados los expedientes tramitados por el Servicio de Sanciones por instalación de mesas y sillas en la vía pública, y por incumplimientos de horario de recogida (folios 4791 a 5477).

La documental obrante en autos muestra que como consecuencia de las quejas vecinales se estableció un dispositivo policial preventivo de vigilancia para velar por el cumplimiento de la normativa y de las ordenanzas municipales, tales como el horario de cierre de locales, la instalación de mesas y sillas, el consumo de bebidas alcohólicas, la producción de ruidos y vibraciones, licencias de actividad, aforo y otros. En días laborales se asignó a la zona un Policía de Barrio desde las 7:30 hasta las 22:00 horas. Diariamente una patrulla integrada



por dos agentes en vehículo policial presta servicio en la zona. En los periodos de celebración de fiestas prestan servicio a pie patrullas del Grupo Especial de Seguridad Ciudadana y los jueves, viernes, sábados, domingos y vísperas de festivo el Grupo de Seguridad Ciudadana de la noche presta servicio en esa calle haciendo informe diario de las actuaciones realizadas e incidencias ocurridas.

Se han remitido las actas del cumplimiento de dicho servicio policial preventivo durante los años 2012 y 2013 (folios 4443 a 4765) y desde el 1 de enero al 10 de mayo de 2015 (folios 415 a 509) donde se detalla el resultado de las actuaciones de vigilancia practicadas, con mención a las incidencias producidas y a las denuncias formuladas por cada una de las infracciones detectadas, pudiendo constatar que siendo el seguimiento diario, en la mayoría de las actas se indica que no hay incidencias en cuanto a ruidos, mesas y sillas u horarios.

Por otro lado, tal como destaca la defensa de la Sra. Marcelina , en los últimos años la administración municipal ha tomado diversas medidas para atajar, reducir, solventar, vigilar o sancionar las actividades de ocio que se desarrollan en la CALLE000 . En efecto, consta documentación que acredita que se han tomado medidas como la puesta en marcha de la Comisión de Ruidos en el Ayuntamiento de Murcia, la restricción de horarios de las terrazas, el aumento de inspecciones, la eliminación de mesas altas, la limitación del aforo, la instalación de separadores para limitar las superficies, la remodelación de la calle, la tramitación administrativa para la aprobación del mapa estratégico de ruido, el trabajo del Consejo Sectorial del Ruido, los planes de acción, las campañas de sensibilización o la instalación de carteles en los locales.

A la vista de todo ello se comparten las conclusiones del Ministerio Fiscal y de las defensas y se estima que "no puede sostenerse que exista una inactividad o una falta de vigilancia tan consciente, patente, clamorosa y arbitraria como para ser acreedora del delito de prevaricación indiciariamente atribuido a los investigados, sin que el hecho de que su actuación no haya sido lo eficaz que hubiera sido deseable o que las sanciones no hayan sido suficientes, tenga transcendencia para conformar el delito, pudiendo, a lo sumo, conformar una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública donde los afectados por las molestias sufridas pueden obtener un cierto resarcimiento".

NOVENO.- Así, el Ordenamiento Jurídico ofrece otras vías para procurar la satisfacción de los intereses de los perjudicados.

Una de ellas la prevista en el art. 114 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que regula el Procedimiento Especial para la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona previsto en el art. 53.2 de la Constitución , por posible vulneración por el Ayuntamiento de los derechos fundamentales a la intimidad familiar (art. 18 CE) y la integridad física y moral (art. 15 CE) a cuyo amparo se han dictado sentencias como la aludida por el fiscal contra el Ayuntamiento de Noja (Santander).

Otra vía para obtener resarcimiento del Ayuntamiento es la de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública prevista en el art. 106.2 de la CE , en relación con los arts. 54 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 a la que también alude el Ministerio Fiscal con cita expresa de las Sentencias de 26/05/2008 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº5 de Sevilla y de fecha de 20/04/2012 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canarias.

Tal como indica el Ministerio Público, se trata de casos que "reflejan supuestos de contaminación acústica que no es materia penal y en los que existe una responsabilidad del Ayuntamiento por no haber ejercido correctamente sus obligaciones de policía, habiéndolas tolerado o simplemente porque el ciudadano no tenía por qué soportarlas, y son casos similares al planteado en la zona de CALLE000 , ruidos procedentes de locales de ocio, terrazas, zonas de movida o botellón y en los que incluso, yendo un paso más que en nuestro supuesto, se superaron de forma reiterada los niveles de inmisión sonora establecidos por la normativa y se acreditaron perjuicios para la salud de las personas".

DECIMO .- Al no aparecer debidamente justificada la perpetración de los delitos de contaminación acústica y prevaricación medio ambiental que han dado motivo a la formación de la causa, procede decretar el sobreseimiento provisional de las actuaciones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 641-1º y, en su caso, en el artículo 779.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

SE DECRETA EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL DE LA PRESENTE CAUSA, procediéndose al archivo de estas actuaciones, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento que puedan entablar los perjudicados en otro orden jurisdiccional.



Notifíquese, en su caso, la presente resolución por el Letrado de la Administración de Justicia a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la presente causa.

Conforme se establece en el art 636 de la L.E.Criminal , comuníquese este auto, en su caso, a la/s víctima/s del delito, en la dirección de correo electrónico y, en su defecto, por correo ordinario a la dirección postal o domicilio que hubieran designado en la solicitud prevista en el artículo 5.1.m) de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito, y podrán recurrirlo dentro del plazo de veinte días aunque no se hubieran mostrado como parte en la causa.

MODO DE IMPUGNACIÓN : mediante interposición de **RECURSO DE REFORMA** y subsidiario de **APELACIÓN** dentro de los **TRES DÍAS** siguientes a su notificación.

Así lo manda y firma D.ª MIRIAM MARIN GARCIA, MAGISTRADO- JUEZ del JDO. INSTRUCCION N. 2 de MURCIA.
Doy fe.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ