



XDO. DO PENAL N.1 OURENSE



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

SENTENCIA: 00010/2019

Ourense, 15 de enero de 2.019.

Vistos por don Ricardo Pailos Núñez, juez de adscripción territorial del Tribunal Superior de Justicia de Galicia con destino en los juzgados de lo penal de la ciudad de Ourense, los presentes autos de procedimiento abreviado nº 199/2.018, dimanantes de las diligencias previas nº 545/2014 del juzgado de instrucción número 2 de Ourense, seguidos por un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del código penal y otro de prevaricación en su modalidad omisiva, del artículo 404 del mismo código, imputados ambos a doña Aurea [REDACTED], quien ha comparecido representada por la procuradora doña María Gloria Sánchez Izquierdo y defendida por el letrado don Carlos Hernández López, así como otro delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del código penal, imputado a don Bienvenido [REDACTED], quien ha comparecido en juicio representado por la procuradora doña Mónica Quintas Rodríguez y defendido por don Arturo González Estévez, con presencia en sala del ministerio fiscal, representado por doña Elena Fernández y con intervención, en ejercicio de la acusación popular de la S.A. Casas Ourense, representada por el procurador don Francisco Pérez Pérez y bajo la dirección letrada de don Antonio Feijoo Miranda, se procede a dictar la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 26 de febrero de 2.014 el juzgado instrucción dictó auto de incoación de diligencias previas, tras la presentación de querrela por parte de la entidad Casas Ourense s.a.

SEGUNDO.- Practicadas las diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos se dictó auto de incoación de procedimiento abreviado. Presentado escrito de acusación por la acusación popular, se dictó auto de apertura de juicio oral contra los acusados, cuyas defensas presentaron escrito en plazo legal.



Las defensas de los acusados instaron su libre absolución, solicitando el letrado de doña Áurea [REDACTED] la imposición de costas a la acusación popular.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Ha resultado probado y así se declara que el 12 de febrero de 1.993 el Ayuntamiento de Ourense y la sociedad anónima Casas Ourense suscribieron un convenio urbanístico. En dicho convenio se hizo constar que los terrenos denominados como 02 en el plano parcelario del Proyecto de modificación puntual del plan general de ordenación urbana de la zona z4 del sector urbano SU25 eran propiedad, en un 80% aproximadamente, de Casas Ourense. De este modo, unos 4.400 metros cuadrados de terreno calificado como de equipamiento comunitario docente era propiedad de la citada mercantil. En el convenio se hizo constar la urgente necesidad del ayuntamiento de obtener terrenos con la calificación urbanística adecuada para su puesta a disposición en favor de la Universidad de Vigo y, a tal fin, se estipuló que la sociedad Casas Ourense cedía mediante ocupación directa al ayuntamiento los mencionados terrenos, a los que había que “añadir la franja destinada a viales hasta conectar con la carretera de La Lonia”. El 12 de marzo de 1.996 el Ayuntamiento de Ourense y la misma sociedad mercantil suscribieron un convenio adicional al celebrado el 12 de febrero de 1.993. En virtud del mismo, se autorizó la ocupación efectiva inmediata de los terrenos.

SEGUNDO.- El 11 de junio de 1.998 la Universidad de Vigo y el Ayuntamiento de Ourense celebraron un convenio en virtud del cual la corporación municipal cedió a la universidad “los terrenos calificados como equipamiento comunitario en el proyecto de reforma puntual del plan general de ordenación en la zona 4 del SU 25, redactado en noviembre de 1.992, con una superficie de 4.400 metros cuadrados correspondientes a la zona 2 (A y B) para destinarlos a usos universitarios, a los que tiene que añadirse la franja destinada a viales hasta conectar con la carretera de La Lonia.” En el mismo convenio se estipuló que la Universidad se comprometía a “asumir los costes de urbanización del polígono en que se encontraba el predio, en proporción a la superficie que le corresponda en relación a la unidad de ejecución, y desvinculadas del resto de la unidad de ejecución.” El 30 de julio de 1.999 la Universidad de Vigo adjudicó a SIRESA NOROESTE S.A. la contratación de la “Gestión del servicio público de un conjunto residencial de viviendas para estudiantes



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

y personal universitario en el campus de Vigo y una residencia de estudiantes en el campus de Ourense”, que llevaba implícita la construcción del edificio.

TERCERO.- El 24 de abril del año 2.000 SIRESA NOROESTE S.A. presentó en el Ayuntamiento de Ourense solicitud de concesión de licencia urbanística de construcción de la residencia universitaria. A dicha solicitud se acompañó el proyecto básico del edificio y un “Proyecto de urbanización del vial necesario para la licencia de obras de la residencia universitaria” elaborado por el despacho de don ██████████ ██████████. Tramitado el expediente administrativo, el 27 de julio del año 2.000 la Comisión Municipal de gobierno acordó conceder a SIRESA NOROESTE s.a. licencia urbanística para la construcción del edificio destinado a residencia universitaria, quedando condicionada la iniciación de las obras a la aprobación del proyecto de ejecución debidamente visado y a que aquellas se ejecutasen simultáneamente con las de urbanización, “debiendo estar garantizadas estas por el importe total del proyecto.” El mismo 27 de julio del año 2.000 la Comisión Municipal de gobierno acordó aprobar el proyecto de urbanización presentado por SIRESA, condicionado a que: 1) la ejecución del proyecto de urbanización fuese simultánea a la edificación, 2) la propiedad diese cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 41 del Reglamento de Gestión Urbanística, 3) como garantía de esas obras la propiedad consignase aval por el importe total del proyecto para el caso de que esta no las ejecute pueda hacerlo subsidiariamente a su costa la administración y 4) a dar cumplimiento a los informes técnicos referidos en cuanto a la ejecución de las obras.

El 27 de septiembre del año 2.000 SIRESA suscribió con la entidad “Caixa Vigo e Ourense” un contrato de aval, en virtud del cual esta avalaba a SIRESA NOROESTE por importe de 27 millones y cien mil pesetas, con el fin de “responder de la correcta ejecución de las obras de urbanización por la construcción de una residencia de estudiantes en el ámbito territorial de la zona 4 del S.U. 25”. El 14 de diciembre del mismo año la Comisión Municipal de Gobierno acordó expedir la referida licencia y aprobar el proyecto de ejecución del edificio, quedando condicionado el acuerdo a la asunción por parte de SIRESA del compromiso regulado en el artículo 41 del Reglamento de Gestión Urbanística. Dicho compromiso fue prestado en enero del año 2.001 y en su virtud se comprometió a:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

a) No utilizar la construcción hasta tanto no esté concluida la obra de urbanización y a establecer tal condición en las cesiones del derecho de propiedad o de uso que se lleven a efecto para todo o parte del edificio.

b) A no ocupar los edificios hasta que no esté realizada totalmente la urbanización que afecte a los edificios y estén en condiciones de funcionamiento los suministros de agua y energía eléctrica y las redes de alcantarillado.

CUARTO.- Con anterioridad a la concesión de licencia de obras, durante la ejecución material de estas y con posterioridad a la inauguración de la residencia universitaria, que tuvo lugar el 27 de septiembre del año 2.001 y que tuvo amplia repercusión en los medios de comunicación locales, la entidad SIRESA presentó escritos en el Ayuntamiento de Ourense. En uno de ellos, presentado el 24 de agosto del año 2.000, hacía constar la necesidad de conocer con claridad la situación, dimensiones y límites claros del solar en que debían acometerse las obras de urbanización, aludiendo asimismo a la existencia de una vivienda edificada “en el centro de la calle que daría acceso al aparcamiento y a la pista polideportiva”. En otro, presentado el 31 de julio del año 2.001, hacía constar su “preocupación por la paralización de la Junta de Compensación del polígono (...) por cuanto que no nos permiten vislumbrar la eliminación a corto plazo de las naves industriales en estado ruinoso situadas a proximidad de la residencia”. En respuesta al primer escrito, el 9 de septiembre del año 2.000 [REDACTED], jefe de la oficina técnica de gestión urbanística, emitió un informe técnico que versó sobre la concreción de la parcela objeto de concesión y la superficie de la parcela realmente cedida, no alcanzando una conclusión acerca de si la cesión efectuada por Casas Ourense se refería a la totalidad de las zonas 2 A y B o a parte de ellas. En otro informe datado el 28 de noviembre del año 2.000 el propio [REDACTED] reflejó que las obras de urbanización no podrían realizarse simultáneamente si no se disponía de la parcela adecuada.

QUINTO.- Una vez inaugurada la residencia la entidad SIRESA NOROESTE solicitó del Ayuntamiento la concesión de licencia de primera ocupación, dando lugar a la incoación del expediente 4156/01. En dicho expediente emitió informe la aparejadora municipal [REDACTED], quien el 10 de junio de 2.003 constató que la obra ejecutada se ajustaba a la proyectada, a excepción de unos acabados interiores de un local ubicado en la planta semisótano. El 3 de mayo del año 2.004 la misma técnico informó que sobre la realización de las obras de urbanización consideraba que debía informar el servicio de ingeniería. Remitido el expediente a

dicho departamento, el 26 de mayo del año 2.005 la ingeniera municipal doña [REDACTED] [REDACTED] informó que “a la vista de que las obras de urbanización no han sido ejecutadas, no se puede informar favorablemente la licencia de ocupación.”

El 27 de octubre del año 2.009 la entidad Casas Ourense presentó ante el Ayuntamiento denuncia en ejercicio de la acción pública de la legalidad urbanística. En ella exponía que la residencia universitaria carecía de licencia de ocupación y apertura y solicitaba, conforme al artículo 211 de la LOUGA el cese de la actividad y el precinto y la clausura del edificio. En respuesta a dicho escrito, el 26 de enero de 2.011 la Concejala delegada de urbanismo, doña Aurea [REDACTED], dictó providencia en la que , tras constatar que la residencia carecía de licencia de ocupación y apertura, ordenaba la incoación de expediente de reposición de la legalidad urbanística.

El 14 de octubre del año 2.010 tuvo entrada en el Ayuntamiento un escrito de la APLU en el que se solicitaba la remisión de información acerca de la existencia de licencias que amparasen el uso de la residencia. En respuesta a dicho escrito, el 29 de noviembre del año 2.010 la Concejala delegada de urbanismo, doña Aurea [REDACTED] [REDACTED], dictó providencia en la que , tras constatar que la residencia carecía de licencia de ocupación y apertura, ordenaba la incoación de expediente de reposición de la legalidad urbanística.

SEXTO.- El 2 de diciembre del año 2.010 la entidad SIRESA NOROESTE presentó un nuevo escrito en el Ayuntamiento. En él ofrecía la consignación provisional en metálico del importe de las obras de urbanización, hasta entonces garantizado por aval. El importe, que ascendía a 162.874,28 euros, ingresó en la cuenta de la corporación municipal.

El 10 de enero del año 2.011 la aparejadora municipal, doña [REDACTED] [REDACTED], emitió un informe técnico en el que manifestó que la licencia de ocupación “podría informarse favorablemente”, con la única salvedad relativa a que debía solicitarse posteriormente una nueva licencia para la ejecución posterior de las obras de acondicionamiento de unos locales cuyo interior no había sido rematado.

El 31 de enero del año 2.011 Bienvenido [REDACTED] [REDACTED], técnico de la administración general y funcionario interino del Ayuntamiento de Ourense, firmó un informe jurídico que había elaborado conjuntamente con [REDACTED] [REDACTED], también trabajador del departamento de licencias del ayuntamiento. En dicho



informe se propuso a la Junta de gobierno local la adopción de un acuerdo por el que:

- 1) se autorizase la devolución de la garantía depositada por SIRESA NOROESTE en la tesorería municipal por importe de 27.100.000 pesetas, al haberse garantizado las obras de urbanización por medio de otra garantía, 2) Se aprobasen las modificaciones introducidas durante la fase de ejecución de las obras con respecto a la licencia concedida por acuerdo de la comisión municipal de gobierno local de fecha de 7 de julio de 2.000 para la construcción de la residencia universitaria de estudiantes, 3)se concediese a SIRESA NOROESTE licencia urbanística de ocupación y apertura para residencia universitaria de estudiantes para la universidad de Vigo, campus de Ourense, situada en la avenida Alfonso Daniel Rodríguez Castelao / calle de la Asunción.

El 1 de febrero del año 2.011 Aurea [REDACTED], concejala delegada de urbanismo de la corporación municipal, elaboró una propuesta para que la Junta de Gobierno local adoptase un acuerdo en virtud del cual 1) se autorizase la devolución de la garantía depositada por SIRESA NOROESTE en la tesorería municipal por importe de 27.100.000 pesetas, al haberse garantizado las obras de urbanización por medio de otra garantía, 2) Se aprobasen las modificaciones introducidas durante la fase de ejecución de las obras con respecto a la licencia concedida por acuerdo de la comisión municipal de gobierno local de fecha de 7 de julio de 2.000 para la construcción de la residencia universitaria de estudiantes, 3)se concediese a SIRESA NOROESTE licencia urbanística de ocupación y apertura para residencia universitaria de estudiantes para la universidad de Vigo, campus de Ourense, situada en la avenida Alfonso Daniel Rodríguez Castelao / calle de la Asunción.

El 3 de febrero del año 2.011, el acuerdo fue adoptado por unanimidad por la Junta de gobierno local, con asistencia y voto, en su condición de concejal y secretaria, de doña Aurea [REDACTED].

El 31 de mayo del año 2.011 don Bienvenido [REDACTED] elaboró un informe jurídico en el que propuso a la Junta de Gobierno local acordar el archivo del expediente de reposición de legalidad urbanística incoado a petición de Casas Ourense, al haber obtenido la residencia las licencias de ocupación y apertura. El 21 de junio de 2.011 Aurea [REDACTED] propuso a la Junta de gobierno local la adopción de tal acuerdo, que fue adoptado por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el día siguiente, con su asistencia y voto.

SÉPTIMO.- El 27 de julio del año 2.010 la entidad Casas Ourense interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de sus peticiones contenidas en el escrito de 27 de octubre del año 2.009, relativas al restablecimiento de la legalidad urbanística.

El 4 de marzo de ese mismo año la misma sociedad había interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acuerdo de la Junta de Gobierno local de 3 de febrero del año 2.011.

Ambos recursos fueron acumulados y resueltos por sentencia de 7 de febrero del año 2.013, dictada por el juzgado número 2 de lo Contencioso administrativo de la ciudad de Ourense. En dicha sentencia, posteriormente confirmada en apelación por la sección 2ª de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se anuló el mencionado acuerdo de la corporación municipal, la cual fue condenada a proceder a la inmediata clausura y precinto del edificio destinado a residencia universitaria, con obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cese efectivo de la utilización de la edificación.

El 25 de febrero del año 2.013 el juzgado número 1 de lo Contencioso administrativo de la ciudad de Ourense dictó sentencia en la que se desestimó el recurso contencioso administrativo que la sociedad Casas Ourense había interpuesto contra la desestimación presunta de la solicitud de declaración de la caducidad de las licencias urbanísticas que habían sido concedidas a SIRESA NOROESTE por virtud de acuerdos de la comisión municipal de gobierno de 27 de julio y 14 de diciembre del año 2.000, presentada ante el ayuntamiento el 4 de enero de 2.011.

Dicha sentencia fue revocada parcialmente por otra dictada por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 7 de noviembre del año 2.013. Se apreció en dicha resolución la caducidad de las licencias concedidas a SIRESA NOROESTE y se condenó al Ayuntamiento a incoar de oficio expediente contradictorio de caducidad.

Incoado el expediente y emitidos los preceptivos informes, el 8 de mayo de 2.014 la Junta de Gobierno local declaró la caducidad de las licencias de obras concedidas por virtud de acuerdos de la comisión municipal de gobierno de 27 de julio y 14 de diciembre del año 2.000 y ordenó el cese inmediato de la actividad de residencia universitaria, procediéndose, previa audiencia al interesado, a su cierre y



precinto. Se acordó asimismo la incautación de la fianza en su día prestada por la sociedad SIRESA.

En el mismo año 2.014 la residencia universitaria cesó en su actividad. Hasta ese momento había funcionado con normalidad.

OCTAVO.- No ha resultado probado que don Bienvenido [REDACTED] elaborase su informe de fecha de 31 de enero de 2.011 siguiendo los mandatos de la concejala doña Aurea [REDACTED] con el fin de que las licencias urbanísticas fuesen concedidas. Tampoco ha resultado probado que don Bienvenido elaborase su informe a sabiendas de que, en caso de ser aprobada su propuesta por la Junta de Gobierno local, el acuerdo supondría una patente contravención de la normativa urbanística.

No ha resultado probado que doña Aurea [REDACTED] encargase a don Bienvenido [REDACTED] la elaboración del mencionado informe. Tampoco que la concejala actuase a sabiendas de que, en caso de ser aprobada su propuesta por la junta de gobierno local, el acuerdo supondría una patente contravención de la normativa urbanística.

No ha resultado probado que, interpuestas las dos mencionadas denuncias de protección de legalidad urbanística, doña Aurea [REDACTED] [REDACTED] retardase intencionadamente la incoación de sendos expedientes de reposición de legalidad urbanística y, a sabiendas de que el artículo 211 de la LOUGA le imponía la obligación de ordenar el cese de la actividad de la residencia, omitiese el dictado de resolución en tal sentido. Tampoco ha resultado probado que al obrar de tal modo tuviera doña Aurea [REDACTED] intención de contravenir de modo flagrante el contenido de dicho precepto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La declaración de hechos probados realizada en los párrafos precedentes es fruto de la valoración en conciencia de las declaraciones de los acusados y de la abundante prueba testifical, pericial y documental practicada. De tal declaración de hechos probados resulta la innegable realidad, declarada en firme por nuestro Tribunal Superior de Justicia, de que la concesión de las licencias de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

ocupación y apertura no fue ajustada a la legalidad, al no haberse realizado las obras de urbanización del entorno de la residencia universitaria.

Ahora bien, por las razones que iré exponiendo a lo largo de los siguientes fundamentos de derecho, esa contravención de la legalidad urbanística no puede llevar a concluir que la conducta de los acusados sea constitutiva de los graves delitos cuya comisión se imputa por la acusación particular.

Carácter previo a la exposición de tales razones, se hace necesario concretar, en primer lugar, cuáles son los hechos que fundamentan la pretensión de condena formulada por la acusación popular. En segundo lugar, y dado que nos encontramos en sede de enjuiciamiento penal, es necesario mencionar cuáles son los elementos típicos de los delitos enjuiciados.

SEGUNDO.- Del extenso escrito de conclusiones provisionales formulado por la acusación particular resulta que se imputa a Aurea [REDACTED], en primer lugar, la comisión de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del código penal. En dicho precepto se castiga a la autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado haya resuelto o votado la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes a sabiendas de su injusticia.

La conducta a castigar vendría constituida, según resulta del mencionado escrito, por el hecho de que la acusada, concejala de urbanismo del ayuntamiento de Ourense, propuso la adopción de un acuerdo para la concesión de las citadas licencias de ocupación y apertura de la residencia universitaria a sabiendas de que no concurrían las condiciones legales para su otorgamiento. Dicho acuerdo fue aprobado el 3 de febrero de 2.011 por unanimidad de la Junta de gobierno local de la que doña Aurea formaba parte, con su asistencia y voto.

Se afirma en el escrito de acusación que doña Aurea [REDACTED] era concedora de que la entidad SIRESA, promotora de la residencia, no había realizado las obras de urbanización del entorno del edificio, sabiendo además que la ejecución material de tales obras era condición sine quae non para el otorgamiento de las mencionadas licencias. Tras haberse denunciado por la parte querellante ante la corporación municipal la situación de ilegalidad en que se encontraba la residencia, la acusada habría reiniciado de oficio la tramitación del expediente de concesión de licencias 4151/01, en cuyo seno habría encargado un informe jurídico “a la carta” a un cargo de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

su confianza, el coacusado Bienvenido [REDACTED]. Con base en dicho informe y en otro elaborado por la aparejadora municipal, no referido a la efectiva realización de las obras de urbanización, y obviando un informe emitido por la ingeniera municipal en el año 2.005, en el cual se constataba la no realización de aquellas obras, la acusada formuló la referida propuesta, que dio lugar a la adopción del mencionado acuerdo por parte de la junta de gobierno local.

Por tanto, lo que se imputa a Aurea [REDACTED] es haber votado a sabiendas la concesión de unas licencias manifiestamente ilegales con omisión de trámites esenciales del procedimiento, pues se dice en el escrito de acusación que se obvió la emisión de preceptivos informes, esto último, en referencia a que en el año 2.011 no se recabó informe del servicio de ingeniería porque la acusada era conocedora de que sería desfavorable a la concesión de licencias.

El segundo delito que se imputa a Aurea [REDACTED] es un delito de prevaricación por omisión previsto en el artículo 404 del código penal y en la jurisprudencia que reiteradamente ha interpretado tal precepto. El mencionado artículo castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo. A esa conducta activa la doctrina jurisprudencial ha equiparado la omisiva en aquellos casos en los que resulta imperativo para el funcionario dictar una resolución y la omisión de su dictado tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que las leyes administrativas equiparan en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas. (ATS de 5 de mayo de 2.015, entre otras resoluciones).

Se afirma en el escrito de acusación que el 27 de octubre del año 2.009 la entidad Casas Ourense, en ejercicio de la acción pública urbanística, presentó denuncia ante el Ayuntamiento de Ourense. En ella se ponía de manifiesto la carencia de las preceptivas licencias y se solicitaba la incoación e instrucción de expediente de reposición de la legalidad, con inmediato cese de actividad. Pese a tener conocimiento de la presentación de tal escrito, ninguna resolución fue adoptada por la acusada, hasta que el 26 de enero del año 2.011, 7 días antes de la adopción del acuerdo de concesión de licencias por parte de la Junta de Gobierno local, dictó providencia de incoación del referido expediente, archivándose posteriormente al haber sido concedidas las licencias de ocupación y apertura.

Se afirma también en el escrito de calificaciones provisionales que la co acusada dictó el 29 de noviembre de 2.010 otra providencia en la que acordó la incoación de otro expediente de reposición de legalidad, esta vez en respuesta a una comunicación remitida por parte de la Agencia de protección de la legalidad urbanística. Sin embargo, tampoco se acordó en dicho expediente el cese de actividad, archivándose por acuerdo de la junta de gobierno local de fecha 22 de junio de 2.011, tras la concesión de las mencionadas licencias.

Por tanto, lo que se imputa a doña Aurea ■■■■ es no haber acordado el cese de actividad de la residencia universitaria pese a ser conocedora de que carecía de las preceptivas licencias urbanísticas, actuación que, según la parte querellante, le era impuesta por el artículo 211 de la ley 9/2.002 de Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

Por lo que se refiere al co acusado don Bienvenido ■■■■■■■■■■, la acusación popular le imputa la comisión de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del código penal. En dicho precepto es castigado el funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, hay informado favorablemente la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.

Se afirma en el escrito de acusación que don Bienvenido, funcionario interino del Ayuntamiento de Ourense, elaboró un informe insostenible desde el punto de vista jurídico, que no tuvo otra finalidad que servir de coartada para que la concejala co acusada pudiese presentar ante la Junta de Gobierno local la propuesta de concesión de las licencias urbanísticas.

TERCERO.- Expuestos los hechos que constituyen el objeto de acusación en el presente procedimiento, expondré sucintamente el resultado del interrogatorio de los acusados.

Doña Aurea ■■■■ declaró en juicio que había sido concejala delegada de urbanismo del ayuntamiento de Ourense, con competencias en materia de disciplina urbanística. Preguntada acerca de la reanudación del expediente de concesión de licencias, dijo que en el año 2.011 SIRESA había presentado un escrito. Aunque no recordaba la fecha de presentación, sí indicó que tal escrito era posterior al presentado por Casas Ourense para que se incoase expediente de reposición de la legalidad urbanística.



Preguntada acerca de los informes emitidos en el expediente, contestó que habían sido elaborados por los técnicos “habituales”, refiriéndose al co acusado don Bienvenido y a la aparejadora municipal. Dijo a continuación que desconocía el desfavorable informe que el servicio de ingeniería había emitido en el año 2.005.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Preguntada acerca del motivo por el cual no había ordenado la paralización de la actividad de la residencia, explicó que entre el inicio de actividad y la interposición de denuncia por parte de Casas Ourense había transcurrido el plazo de 6 años de ejercicio de la acción de legalidad urbanística y que los técnicos entendían que se cumplían las condiciones de seguridad del edificio. Por tales motivos, en el entendimiento de que lo procedente era el otorgamiento de las licencias, no acordó el cese de actividad.

A preguntas del letrado del coacusado don Bienvenido, doña Aurea se refirió al escrito que consta en el folio 908 de los autos como el presentado por SIRESA en el año 2.010 para el reinicio del expediente. Aludió también al informe favorable del servicio de bomberos (folio 1.109), emitido en el año 2.000, sobre el proyecto básico del edificio, así como al informe técnico que SIRESA elaboró sobre la seguridad en caso de incendio. Declaró también que ni había presionado a don Bienvenido ni le había exigido que informase en determinado sentido.

A preguntas de su letrado, doña Aurea declaró que era conocedora del proyecto de compensación y que la “parcela de arriba”, la que “tiene forma de media luna”, no era propiedad del cedente, esto es, de Casas Ourense. A continuación, se refirió al criterio jurisprudencial recogido como pronunciamiento obiter dicta en la sentencia que fue dictada por el magistrado del juzgado de lo contencioso administrativo número 1 de esta ciudad el 25 de febrero de 2.013.

Don Bienvenido declaró que es funcionario interino del ayuntamiento y que en el año 2.011 “se ocupaba de licencias de obra y ocupación”. Reconoció a continuación que fue él quien firmó el informe que consta, entre otros, en el folio 922 de los autos y añadió que en su elaboración había también participado [REDACTED], con quien había comentado el expediente “dada su complejidad”.

Don Bienvenido explicó a continuación que era conocedor de que las obras de urbanización no se habían llevado a cabo, si bien explicó que tal circunstancia se debía a una imposibilidad jurídica y material no imputable SIRESA, pues se había comprobado que “la segunda parcela”, aludiendo con ello a la que tiene forma de

media luna, era “de otros propietarios”, esto es, no titularidad de Casas Ourense. Con base en aquella imposibilidad, se habría valorado que la residencia llevaba funcionando ininterrumpidamente durante 10 años, comprobándose también, mediante emisión de informe de la aparejadora municipal, que la obra ejecutada se correspondía con la proyectada, emitiéndose informe al respecto. Valorando todas estas circunstancias, se decidió actuar “al igual que en otros supuestos” y aplicar el criterio de retener el importe correspondiente a las obras de urbanización, sin requerir nuevo informe al servicio de ingeniería porque era evidente que la situación de urbanización no había variado desde la emisión del primer informe negativo. Finalmente, destacar que manifestó que en otras ocasiones se había aplicado la prescripción o caducidad de la acción de reposición de legalidad urbanística, en supuestos de edificios acordes a los usos previstos en el planeamiento que cumplieren las condiciones de seguridad. Dijo también que nunca había sido presionado por doña Aurea.

CUARTO.- A continuación, expondré sucintamente la prueba testifical y pericial practicada en juicio. Posteriormente, al valorar dicha prueba, me referiré a la documental que consta en las actuaciones, así como al contenido de los informes periciales.

██████████ declaró en juicio que su gabinete había elaborado dos proyectos de urbanización de la zona. Uno para la entidad SIRESA en el año 2.000 y otro para la junta de compensación, en el año 2.013. A preguntas de la acusación particular explicó que la ejecución del primer proyecto era viable y que las obras en él contempladas eran precisas para que la residencia funcionase, dada la obligación de urbanizar. Dijo también que no sabía por qué tales obras no se habían llevado a cabo.

██████████ declaró que trabajaba en el ayuntamiento como asistente técnico y reveló que, si bien el informe jurídico emitido en el expediente había sido firmado por don Bienvenido, creía recordar que había sido él quien lo había confeccionado. Reconoció este testigo que era cierto que había un informe del servicio de ingeniería en el que se recogía que no se habían llevado a cabo las obras de urbanización, si bien explicó que tal circunstancia no le era imputable al promotor. Por tal motivo, tomando en consideración el informe favorable de la aparejadora municipal, habían considerado oportuno aplicar un “criterio general”, tras consulta con el jefe de servicio y el departamento de licencias, consistente en la incautación de la fianza constituida por el promotor. Dijo que no había sido presionado para emitir



informe alguno en determinado sentido y añadió que el promotor no podía urbanizar “porque no tenía los terrenos”.

A preguntas de la acusación particular, declaró este testigo que se había verificado el cumplimiento de las medidas de seguridad y que no se pidió otro informe al servicio de ingeniería porque “no hacía falta”, ante la evidencia de que las obras no se habían llevado a cabo. No obstante, indicó que la parte frontal, el acceso del edificio, sí se había urbanizado.

██████████ declaró en juicio que había trabajado en varios departamentos de urbanismo del ayuntamiento entre los años 2.003 y 2.016. A preguntas de la defensa de doña Aurea explicó que había emitido informe en el expediente de concesión de licencia y que la parcela con forma de media luna no era propiedad de Casas Ourense. A preguntas de la defensa de don Bienvenido dijo esta testigo que el criterio no se utilizaba solo para viviendas particulares, sino también en el caso de equipamientos y dotaciones, estudiándose cada caso concreto. A preguntas de la acusación particular manifestó que en el expediente debería constar siempre un informe del departamento de ingeniería sobre la imposibilidad de llevar a cabo las obras de urbanización. Finalmente, preguntada acerca del estado urbanizador de la zona al concederse la licencia, dijo que al edificio se accedía por la avenida Castela, hallándose el resto de la zona “a monte”.

██████████, quien fue jefe del servicio de licencias y urbanismo, ratificó en juicio ser el autor del informe que consta en el folio 1110 de autos. Preguntado acerca del criterio aplicado en el caso que nos ocupa, declaró que se había utilizado en supuestos de escasa entidad, en viviendas unifamiliares de zonas rurales, en los que no existía proyecto de urbanización.

Las declaraciones de ██████████, ██████████, ██████████ y ██████████, concejales de la corporación municipal durante el tiempo que permaneció abierta la residencia, nada aportaron al esclarecimiento de los hechos. No obstante, he de decir que su llamada al procedimiento no era a priori impertinente o inútil.

██████████ declaró en juicio en calidad de representante de Casas Ourense y de miembro de la junta de compensación del polígono, en sustitución de su madre. Indicó este testigo que Casas Ourense había puesto a disposición del ayuntamiento las parcelas número 2 y 16, pero no la número 1, la que tiene forma de

medialuna, porque “no era de ellos”. Dijo también que en la parcela número 16 había una casa que no estaba habitada. Se refirió a continuación a la actuación que a su entender debía haber llevado a cabo el ayuntamiento y a los perjuicios económicos que habían llevado a la interposición de la querrela.

El representante legal de SIRESA, don ██████████ manifestó en juicio que las obras de urbanización no se habían llevado a cabo, así como que se comunicó reiteradamente al ayuntamiento la necesidad de que los terrenos fuesen cedidos para la realización de aquellas. Explicó a continuación que la razón de no poder llevar a cabo tales obras era que los terrenos eran propiedad de terceros, por lo que se acabó manifestando al ayuntamiento que tales obras no eran necesarias para el funcionamiento de la residencia. Explicó además que se había encargado un informe sobre la seguridad del edificio, elaborado en el seno de uno de los procedimientos contenciosos iniciados a instancia de Casas Ourense (folio 1163).

A preguntas de la acusación particular, don ██████████ confirmó que SIRESA se había comprometido a realizar las obras de urbanización y a abstenerse de usar la residencia en tanto que no se llevasen a cabo. Dijo también que le constaba que habían encargado la elaboración de un proyecto de urbanización. A continuación, no obstante, explicó que “creía” que casi no tenían ningún terreno a su disposición para urbanizar e indicó que la parcela de la residencia había sido objeto de cesión directa y que la urbanización del resto de parcelas nada añadía, calificando la obligación de urbanizar como “innecesaria jurídicamente e imposible”. Manifestó también que no sabía si el ayuntamiento podía o no haber ocupado la parcela con forma de media luna, bien directamente o bien por medio de expropiación y dijo también que no le había sorprendido que el ayuntamiento hubiese otorgado la licencia sin realizar gestión urbanística para la obtención de los terrenos a urbanizar, ya que la corporación habría constatado que la parcela contaba con los servicios necesarios y no era necesario llevar a cabo las obras de urbanización.

QUINTO.- El perito ██████████, ingeniero técnico agrícola acreditado por protección civil para elaborar planes de auto protección, según declaró en juicio, se ratificó en su informe acerca de la seguridad del edificio. Explicó que el inmueble cumple con la normativa de seguridad y que cada año visita la residencia y realiza un simulacro de evacuación. Declaró a preguntas de la acusación particular que la longitud del edificio no es inconveniente para la labor de los bomberos en caso de incendio.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

El perito [REDACTED], director de obra de la urbanización del polígono y coautor del proyecto de compensación, declaró en juicio que SIRESA tenía la obligación de urbanizar las parcelas número 2 y 16, cedidas por Casas Ourense. Por ello, dijo que la promotora tenía a su disposición el 73% de la superficie, pese a lo cual solo había urbanizado la entrada, “lo mínimo”. Explicó a continuación que las obras de urbanización eran necesarias para dotar a la residencia de los servicios precisos, siendo también relevantes para la seguridad del edificio, ya que, en caso de no llevarlas a cabo, dada la longitud del inmueble, no sería segura la evacuación de todos los ocupantes. De este modo, el perito explicó reiterada e innecesariamente que el edificio estaba muy bien diseñado desde el punto de vista de la seguridad, pero explicó que la falta de realización de las obras urbanizadoras comprometía tal seguridad, en la medida en que la salida de los ocupantes no se producía a un espacio exterior seguro al que, además, los servicios de extinción y salvamento no podían acceder.

En cuanto a la parcela con forma de media luna, declaró que creía que podía haberse obtenido por el ayuntamiento para su puesta a disposición en favor de SIRESA y, preguntado por el informe que emitió para su aportación por Casas Ourense en recurso contencioso frente al importe de la indemnización concedida por el jurado de expropiación, manifestó que no lo consideraba contradictorio con lo manifestado en estos autos.

[REDACTED], aparejadora municipal, declaró en juicio que había emitido tres informes, que constan en los folios 864, 875 y 916, acerca de la concesión a la residencia de la licencia de ocupación y apertura. Explicó a continuación que en el tercero de tales informes se había ceñido “al edificio en sí”, constatando que lo edificado se correspondía con lo proyectado, sin realizar visita a la obra porque no se habían producido cambios desde la emisión del informe anterior. Dijo también que para constatar si se han llevado o no a cabo obras de urbanización el expediente siempre se remite al servicio de ingeniería y, en ocasiones, a otros servicios como bomberos. A instancia de la acusación particular se leyó a [REDACTED] la declaración prestada ante el juzgado de instrucción y se ratificó en su contenido. Tal y como indicó el letrado de la acusación particular, consta en el folio 1.300 que [REDACTED] declaró en su día que “fue Aurea [REDACTED] quien le pidió el informe, que primero se lo pidió de palabra, y que después se lo requirieron por escrito pero que no sabe si fue la concejal o la administrativa.” No obstante, es fundamental entender bien esta

respuesta en juicio y la dada en su día ante el juzgado de instrucción, pues unas líneas más abajo leemos que doña [REDACTED] declaró que la concejal no le pidió que realizara el informe de un modo determinado.

Por último, doña [REDACTED], quien elaboró un informe pericial a solicitud de la defensa de doña Aurea [REDACTED], declaró en juicio que el edificio reúne las condiciones de seguridad exigidas por la normativa. Se refirió también a que las consideraciones contenidas en su dictamen, referidas a la prescripción de la acción de disciplina urbanística se encuentran respaldadas por la jurisprudencia. Declaró también que el criterio que se aplicó en el supuesto que nos ocupa se ha aplicado en otros casos y que el actual reglamento de la ley de suelo, en su artículo 227, permite la tramitación de un proyecto de obras ordinarias independiente del proyecto de urbanización del ámbito.

SEXTO.- Expuesta así parte de la actividad probatoria practicada, antes de relatar las razones por las que considero que debo absolver a los acusados, resulta imperativo exponer cuáles son los requisitos típicos de los delitos que la acusación imputa a los acusados. Por razones sistemáticas, me referiré en primer lugar a los que exigen una conducta activa, castigados en el artículo 320 del código penal.

El apartado primero de dicho precepto, por el que se acusa a don Bienvenido, castiga al funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.

El apartado segundo, por el que se acusa a doña Aurea, se castiga a la autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado haya resuelto o votado la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes a sabiendas de su injusticia.

Los dos acusados reúnen la condición subjetiva exigida en el precepto, de acuerdo con el artículo 24 del código penal y la documentación que consta en autos y sus propias declaraciones.

La STS de 4 de junio de 2.012 nos dice, con relación al artículo 320.2, en unas consideraciones extensibles al apartado 1º del precepto, que “tal delito no es sino una especialidad del más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues, al igual que éste, protege el correcto ejercicio del poder público, que en un estado de derecho



no puede utilizarse de forma arbitraria ni siquiera bajo el pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos. Por el contrario, debe ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciña al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.”

Dada esa relación de especialidad entre el delito de prevaricación genérico del artículo 404 y el previsto en el artículo 320, es preciso referirse a los elementos el primero, que nos expone el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de septiembre de 2.007. De ella interesa destacar que “el delito de prevaricación administrativa viene definido en el artículo 404 del Código Penal, que sanciona «a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. (...).Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o, en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Pero no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación. La jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la prevaricación. Así, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y

clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). En el mismo sentido, la STS nº 226/2006, de 19 de febrero .

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS nº 627/2006, de 8 de junio, en la que se dice que "La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente» «esperpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales).

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución, lo que sucede, según STS 18 de mayo de 1.999, que se cita en otra de 4 de junio de 2.012, cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere ese resultado, anteponiendo el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Como nos dice la sentencia de 4 de junio de 2.012, "aun en supuestos de grave infracción del derecho aplicable, no pueden identificarse, sin más, los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contempla como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. Ello revela que, para el legislador, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin

que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). No basta, pues, con la contradicción con el derecho: para que una acción pueda ser calificada como delictiva será preciso ese «plus», concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución «injusta» y/o «arbitraria», términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Todas estas consideraciones resultan, obviamente, extensibles a los informes a los que alude el apartado 1º del artículo 320 del código penal.

SÉPTIMO.- En vista de lo manifestado en los fundamentos precedentes, procede exponer ya las razones por las que considero que los acusados deben ser absueltos de los delitos imputados, valorando el resultado de la actividad probatoria expuesta y la documental que consta en las actuaciones.

En primer lugar, haré referencia al delito de prevaricación activa imputado a doña Aurea ■■■■■, recordando, como ya dije, que la acusación popular entiende cometido tal delito, por un lado, por el carácter arbitrario de la propuesta que la concejala llevó a la junta de gobierno local y en cuyo favor votó en sesión de 3 de febrero de 2.011. Por otro, se le imputa la omisión de informes preceptivos en el procedimiento, al haber obviado solicitar nuevo informe del servicio de ingeniería, lo que entroncaría, de nuevo, con la injusticia del acuerdo, al ser conocedora la acusada de la existencia de un informe previo desfavorable.

Pues bien, comenzando por la primera imputación, y recordando los adjetivos empleados por la jurisprudencia citada en el fundamento precedente, he de poner de relieve que el criterio al que aludieron los acusados y algunos de los testigos que declararon en juicio aparece ya contemplado en el acuerdo que la comisión municipal de gobierno adoptó el 27 de julio del año 2.000. Examinando dicho documento, que consta en el folio 33 de los autos, entre otros, podemos leer que “como garantía de estas obras (de urbanización), la propiedad deberá consignar aval por el importe total del proyecto para que en caso de que ésta no las ejecute pueda hacerlo subsidiariamente a su costa la administración”.

Semejante redacción del acuerdo aprobatorio del proyecto de urbanización lleva a pensar que el criterio que tuvo en cuenta don Bienvenido para emitir su informe, con base en el que la concejala llevó a pleno la propuesta, ya era empleado por el personal municipal en el año 2.000. Por tanto, existe ya un primer argumento para descartar el pretendido carácter arbitrario del informe y la propuesta en los



contundentes términos que exige la jurisprudencia. Junto a ello, he de añadir que se ha practicado prueba documental y testifical que acredita que el criterio aplicado había sido utilizado en otras ocasiones por el personal del ayuntamiento. Significativo al respecto son los informes que constan en autos, firmados por el sr. ██████████, quien, recordemos, afirmó en juicio que el criterio se aplicaba excepcionalmente, en supuestos de viviendas unifamiliares en el ámbito rural, casos en que no había proyecto de urbanización. Tales afirmaciones, contrarias a las tesis sostenidas por la defensa, chocan sin embargo con el contenido del informe que consta en el folio 1.157 de los autos, firmado por el propio señor ██████████. En dicho informe jurídico se planteó que un particular depositase una cantidad dineraria en tesorería municipal en sustitución de su obligación de urbanizar “lo que permitirá el otorgamiento de la licencia de ocupación”, tratándose de un supuesto de un edificio situado en el número ██████████ de la calle ██████████ en el que existía un proyecto de urbanización. He de advertir que el informe no puede ser tomado aisladamente, desvinculado del supuesto particular para el que fue emitido. Sin embargo, en sede de enjuiciamiento penal, considero que su existencia opera en favor de los acusados, pues refleja la aplicación del mismo criterio empleado en el caso que nos ocupa.

OCTAVO.- Continuando con el examen del carácter arbitrario del informe y la propuesta, y recordando de nuevo los contundentes adjetivos empleados por la jurisprudencia de la sala de lo penal del Tribunal Supremo, he de indicar que en la página 7 de la sentencia dictada el 25 de febrero del año 2.013 por el magistrado del juzgado de lo contencioso administrativo número 1 de esta ciudad se alude a que la normativa “ya no establece como reacción frente al incumplimiento del deber del propietario de edificación y urbanización simultánea la caducidad de la licencia de obras, sino la denegación de la licencia de primera ocupación(...) la incautación del aval y la ejecución de la urbanización pendiente por vía forzosa o compulsiva.” Por ello, y aunque el objeto del procedimiento contencioso en que tal sentencia fue dictada fuese la declaración de caducidad de la licencia de obra concedida, y pese a la revocación en segunda instancia de tal resolución, lo relevante a efectos de este procedimiento penal es que el magistrado de lo contencioso alude a que la normativa acoge la solución que menciona en los supuestos en que el promotor incumple el deber de urbanización, si bien no se efectúa distinción alguna en la sentencia entre incumplimiento imputable o no imputable al promotor. En cualquier caso, considero que no debo entrar a estudiar y valorar, porque entiendo que excede del ámbito del presente procedimiento, si el sentido de tal normativa y la jurisprudencia que la

interpreta es que la licencia de ocupación no sea concedida hasta que las obras de urbanización sean realizadas por la administración por vía forzosa, o si, como ocurrió en el caso que nos ocupa y en otros que constan en autos, la mera constitución del aval o fianza es suficiente para el otorgamiento de aquella licencia, ni tampoco si debe diferenciarse entre los supuestos en que tal imposibilidad urbanizadora es o no imputable al promotor. Considero que nos encontramos ante una cuestión interpretativa de la norma que debe quedar al margen del derecho penal y, de hecho, fue ventilada por la jurisdicción contenciosa antes de la incoación del presente procedimiento.

No obstante, sí debo añadir que, si la razón de ser del criterio que fue aplicado en el caso enjuiciado es que la licencia sea concedida tras la constitución de fianza o aval por el importe de las obras de urbanización, tras haberse constatado que su falta de realización no le es imputable el promotor, no parece muy congruente retardar el otorgamiento de la licencia hasta la efectiva realización de tales tareas urbanizadoras por parte de la administración. Ello con independencia, como digo, de que el criterio aplicado sea o no acertado desde el punto de vista de la legalidad urbanística.

NOVENO.- Con la exposición realizada en los dos fundamentos precedentes he querido explicar que, a mi entender, los acusados, en su actuación, aplicaron un criterio, discutible jurídicamente, pero que venía siendo utilizado por el ayuntamiento en supuestos similares, aunque de menor entidad, contemplado ya en el acuerdo de aprobación del proyecto de urbanización del año 2.000. En este fundamento expondré que, a mi entender, ha resultado probado que concurrían las circunstancias que justificaban la aplicación de dicho criterio: 1) imposibilidad de realizar las obras de urbanización a las que se había supeditado la concesión de licencia por causa no imputable, 2) prestación de fianza, aval o ingreso en metálico para garantizar su realización y, 3) lógicamente, cumplimiento de los trámites y requisitos exigidos por la normativa de aplicación.

En cuanto al primer requisito, del examen de las actuaciones, la prueba practicada en juicio y las propias manifestaciones de las partes resulta que es cierto que la entidad SIRESA no tuvo a su disposición la parcela con forma de media luna o semicírculo a la que he aludido en el relato de hechos probados de esta sentencia. Así resulta de la lectura de los convenios suscritos entre Casas Ourense y el Ayuntamiento y entre la corporación municipal y la universidad de Vigo, pero



también de las propias manifestaciones del representante de aquella mercantil y el perito que propuso para juicio, don [REDACTED].

Esta circunstancia ha de relacionarse con los escritos que, una vez aprobado el proyecto de urbanización que incluía la zona destinada a viales (folio 316 y tomos 3 y 4), la mencionada entidad presentó en el ayuntamiento, en tanto que la circunstancia mencionada en el párrafo precedente y la presentación de tales escritos revelan que, efectivamente y en contra del criterio mantenido por la parte querellante, hubo verdaderas dificultades para cumplir el compromiso de llevar a cabo las obras de urbanización. En uno de tales escritos, presentado el 24 de agosto del año 2.000 (folio 259), la entidad SIRESA hacía constar la necesidad de conocer con claridad la situación, dimensiones y límites claros del solar en que debían acometerse las obras de urbanización, aludiendo asimismo a la existencia de una vivienda edificada “en el centro de la calle que daría acceso al aparcamiento y a la pista polideportiva”. En otro, presentado el 31 de julio del año 2.001 (folio 337), hacía constar su “preocupación por la paralización de la Junta de Compensación del polígono (...) por cuanto que no nos permiten vislumbrar la eliminación a corto plazo de las naves industriales en estado ruinoso situadas a proximidad de la residencia”. En respuesta al primer escrito, el 9 de septiembre del año 2.000 [REDACTED], jefe de la oficina técnica de gestión urbanística, emitió un informe técnico que versó sobre la concreción de la parcela objeto de concesión y la superficie de la parcela realmente cedida, no alcanzando una conclusión acerca de si la cesión efectuada por Casas Ourense se refería a la totalidad de las zonas 2 A y B o a parte de ellas. En otro informe datado el 28 de noviembre del año 2.000 el propio [REDACTED] reflejó que las obras de urbanización no podrían realizarse simultáneamente si no se disponía de la parcela adecuada. Inaugurada la residencia en septiembre del año 2.001, se mantuvo en funcionamiento durante 10 años, periodo a lo largo del cual la sociedad SIRESA presentó nuevos escritos en los que ponía de manifiesto la falta de disponibilidad de los terrenos necesarios para acometer las obras de urbanización. Así, en los folios 894 y siguientes consta un escrito de la referida entidad mercantil en el que, tras haber recibido el informe de la ingeniera municipal, desfavorable a la concesión de licencia, se realizan una serie de alegaciones acerca de las circunstancias que impidieron llevar a cabo las obras. En los folios 908 y siguientes consta un nuevo escrito de SIRESA, con sello de entrada de 9 de diciembre de 2.010, en el que SIRESA ya pasa a afirmar que “no está obligada a realizar las obras de urbanización de los terrenos colindantes, por ser esta una obligación a cargo de los beneficiarios del área de reparto a la que

pertenece la parcela ocupada por la residencia” (...) “ a mayor abundamiento, tal supuesta obligación es en todo caso físicamente imposible de cumplir, por cuanto que supondría invadir una propiedad privada y proceder a la demolición de una vivienda hoy en día ocupada.”

A la luz de tales hechos, concluyo que, en el ejercicio de sus respectivos cargos y responsabilidades, doña Aurea y don Bienvenido consideraron que la ausencia de realización de las obras de urbanización, circunstancia de la que eran plenamente conscientes, no le era imputable a la entidad SIRESA. En ese sentido deben entenderse las afirmaciones contenidas en la página segunda del informe de don Bienvenido, cuando afirma que “se ben a promotora das obras non puido executar exactamente as obras contidas no proxecto de urbanización, e tendo en conta que as mesmas non tiñas por que seren tan amplas posto que chegaría con teres fachada a vial, servizo o cal tiña a finca no momento de solicitude de licenza de obras. Non puidose levar a termo as obras de urbanización aprobadas debido, entre outros factores, á imposibilidade de obtención dos terreos afectados pola execución da urbanización, ó seren de terceiras persoas, con intevención das cales deberá redactarse uno novo proxecto de urbanización para dita zona da cidade (...).

En cuanto al segundo requisito relativo a las circunstancias que legitimarían la aplicación del mencionado y polémico criterio, en el informe se recoge que la entidad SIRESA había ingresado en la tesorería municipal la cantidad de 162.874,28 euros, garantizando así el importe de realización de las obras de urbanización. Previamente, se había constituido aval por importe equivalente de 27 millones y cien mil pesetas. Tal circunstancia no se discute por ninguna de las partes y se halla debidamente acreditada en autos. La única alegación al respecto que ha realizado la acusación particular pasa por sostener que el importe ingresado en tesorería municipal en el año 2.010 no tiene el mismo valor que los 27 millones avalados 10 años antes, dado el incremento de costes producido durante dicho periodo. Por ello, y con base en el importe que habría tenido que abonar finalmente la junta de compensación para acometer las obras de urbanización, se denuncia la injusticia de la resolución.

Con respecto a tal alegación, he de indicar que es cierto que el poder adquisitivo del mismo nominal ha de haber experimentado, sin duda, una relevante reducción. Ahora bien, también he de advertir que entiendo que la actuación de los acusados en este punto resulta coherente con el discutido criterio que fue por ellos aplicados: si la falta de realización de las obras de urbanización se debió a



circunstancias que no le fueron imputables a SIRESA, es discutible que deba revisarse al alza el importe de la fianza, aval o depósito a constituir para garantizar la realización de las obras.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En cuanto al tercer requisito, en el mencionado informe se considera que la finca en que se encuentra la residencia reunía la condición de solar y que contaba “cos mesmos servizos que aportaría o desenrolo do proxecto de urbanización”, añadiendo a continuación que “o ser imposible a execución do proxecto de urbanización e o ter garantizado o custo do proxecto de urbanización para cubrilos gastos que ocasionen no futuro un novo proxecto de reordenación de dita zona , pódense considerar cumpridas as obrigacións inherentes de urbanización simultáneas en arras a aplicación do interese xeral recollido na normativa de aplicación”. Se alude además a que en la tramitación del proyecto se habían seguido los trámites previstos en los artículos 195 de la ley de Galicia 9/2.002, 12 del Decreto de la Xunta 28/99, 9 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales y 47 del PXOM, con emisión de los dictámenes técnicos oportunos. A continuación, se indica que la oficina técnica, esto es, la aparejadora municipal, había emitido informe de 10 de enero de 2.011 favorable a la concesión de licencia, con la sola indicación de que para la ejecución posterior de obras de acondicionamiento de unos locales debía solicitarse nueva licencia.

Este punto del informe resulta ser especialmente polémico e integra, según la acusación particular, tanto el delito del artículo 320.1 que se le imputa a don Bienvenido como el del artículo 320.2 que se le imputa a doña Aurea ■■■■, por haber omitido la emisión de informes esenciales, en este caso, el de la ingeniera municipal. Sobre esta segunda imputación me pronunciaré en los fundamentos siguientes.

En cuanto a la imputación que se le hace a don Bienvenido, he de advertir que considero que el informe contiene una desafortunada expresión. Así, se dice que, pese a no haberse realizado las obras de urbanización, la residencia contaba “cos mesmos servizos que aportaría o desenrolo do proxecto”, lo cual, no puede ser compartido. Ello es así, porque resulta patente que no puede ser indiferente que la residencia cuente con un entorno urbanizado en el que se incluye un aparcamiento o con el entorno que se aprecia en las fotografías en color que fueron aportadas al inicio del acto por la acusación particular. Ahora bien, tal desafortunada expresión no debe ser entendida en el sentido y con la finalidad que se le quiere dar por la acusación popular, pues del propio informe resulta que en realidad se estaba queriendo decir

que la residencia contaba con acceso rodado y con los servicios de abastecimiento y suministro necesarios para su normal funcionamiento, que venía teniendo lugar, como no se discute, durante 10 años.

DÉCIMO.- Tal y como ya he adelantado, me referiré a continuación a la segunda imputación que realiza la acusación popular, consistente en la omisión de trámites esenciales del procedimiento, esto es, de preceptivos informes, por considerar la acusación cometido tal delito por no haberse recabado informe del servicio de ingeniería municipal. Tal actuación se habría debido, según la querellante, al hecho de saber los coacusados que su resultado sería negativo, por no haberse realizado las obras de urbanización y constar un informe negativo emitido por dicho servicio en el año 2.005.

La STS de 24 de noviembre de 2015 señala que “Conviene resaltar, como se ha hecho en otras sentencias de esta Sala, que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos (como constitutivos de delito de prevaricación), porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho”. Ahora bien, la misma sala 2ª del Tribunal Supremo ha declarado, en sentencia de 15 de marzo de 2.012, con cita de otras, que “no todas las normas de procedimiento pueden reputarse esenciales a estos efectos. Lo son, desde luego, si con su infracción o no aplicación se suprime el control que la norma pretendía establecer sobre determinadas actuaciones administrativas. En la STS nº 331/2003 , antes citada, se decía que “...no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512 , 2775 y RCL 1993, 246) , en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución”. Y, más adelante se añadía que la valoración deberá ser diferente cuando la omisión de “...las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del



asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales".

Partiendo de esta configuración jurisprudencia del delito, es preciso mencionar aquí que el artículo 195.1 de la Ley 9/2002 de Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (LOUGA), en relación al procedimiento de otorgamiento de licencias, dispone que *“las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y planeamiento urbanísticos”*. El apartado segundo apartado 2 indica que *“la competencia para otorgar las licencias corresponderá a los municipios según el procedimiento previsto en la legislación de régimen local. Para el otorgamiento de la licencia solicitada serán preceptivos los informes técnicos y jurídicos sobre su conformidad con la legalidad urbanística”*. El artículo 12 del Decreto 28/1999 de 21 de enero de la Xunta de Galicia establece que *“para su otorgamiento (el de las licencias), serán preceptivos los informes técnicos y jurídicos sobre su conformidad con la legalidad urbanística, emitidos por los servicios correspondientes de la entidad otorgante”*. A dichos preceptos, que no concretan cuántos informes deben ser emitidos ni determinan qué departamento debe emitirlos, alude el informe emitido por don Bienvenido en su página segunda. No obstante, y pese a datar su aprobación de fecha posterior a los hechos que nos ocupan, deseo mencionar que la ordenanza municipal de reguladora de actos de ordenanza urbanística del Ayuntamiento de Ourense, aprobada el 8 de noviembre de 2.013, establece en su artículo 26.2 que *“emitirase un único informe técnico e outro xurídico. Tanto un como outro poderán, se o estiman oportuno, solicitar informes a outros departamentos deste ou distinto servizo municipal, en aspectos concretos e de índole especializada detallados especificamente que poden ter relación, segundo o seu criterio, co expediente en trámite. Tendo en conta estes informes os responsables do control técnico e xurídico do documento resolverán sobre a viabilidade deste e/ou sobre as deficiencias que se han de emendar nel.”*

UNDÉCIMO.- Aplicando la normativa y la jurisprudencia expuesta al caso que nos ocupa, concluyo que la sentencia también debe ser absolutoria respecto al delito que ahora se analiza.

En primer lugar, porque consta en autos que se emitió un informe técnico y otro jurídico. El primero fue elaborado por la aparejadora municipal doña [REDACTED], y en él se informó favorablemente la concesión de licencia (folio 916). El segundo, es el elaborado por el propio co acusado.

En segundo lugar, y aunque se considerase preceptiva la emisión de nuevo informe por parte del servicio de ingeniería, por ser este el que habitualmente informaba en el ayuntamiento sobre la realización de obras de urbanización, según resultó de la declaración de la aparejadora municipal, tengo que indicar que la actuación de los acusados resulta coherente con el criterio que se aplicó para la concesión de la licencia. Así, con respecto a este punto, hay que recordar que don Bienvenido declaró en juicio que, precisamente, no se recabó nuevo informe del servicio de ingeniería porque la situación urbanizadora no había variado desde la emisión de informe desfavorable del año 2.005, que consta, entre otros, en el folio 40 de los autos. En consecuencia, lo que hizo don Bienvenido fue informar una propuesta de concesión de licencia que doña Aurea llevó a pleno, en la tramitación de cuyo expediente no se requirió nuevo informe al servicio de ingeniería porque, por una parte, ya se conocía de antemano cuál iba a ser su resultado y, por otra, porque el criterio que iba a ser aplicado para la concesión de licencia pivotaba, precisamente, sobre la circunstancia de que la ausencia de realización de obras de urbanización no le era imputable a SIRESA. A mayor abundamiento, como informó el ministerio fiscal, hay que valorar que en realidad no se habría obviado informe alguno, pues el servicio de ingeniería ya había informado al respecto y, si bien el informe fue desfavorable a la concesión de licencias, indicó la representante del ministerio público que la normativa no dice que los informes sean vinculantes.

DUODÉCIMO.- A continuación me referiré al delito de prevaricación en su modalidad omisiva que la acusación popular le imputa a doña Aurea [REDACTED]. Recordemos en este punto que la imputación se centra en el hecho no haber acordado la acusada el cese de actividad de la residencia universitaria pese a ser conocedora de que carecía de las preceptivas licencias urbanísticas, actuación que, según la parte querellante, le era impuesta por el artículo 211 de la ley 9/2.002 de Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

Se alega en el escrito de acusación que el 27 de octubre del año 2.009 la entidad Casas Ourense, en ejercicio de la acción pública urbanística, presentó denuncia ante el Ayuntamiento de Ourense. En ella se ponía de manifiesto la carencia



de las preceptivas licencias y se solicitaba la incoación e instrucción de expediente de reposición de la legalidad, con inmediato cese de actividad. Pese a tener conocimiento de la presentación de tal escrito, ninguna resolución fue adoptada por la acusada, hasta que el 26 de enero del año 2.011, 7 días antes de la adopción del acuerdo de concesión de licencias por parte de la Junta de Gobierno local, dictó providencia de incoación del referido expediente, archivándose posteriormente al haber sido concedidas las licencias de ocupación y apertura.

Se afirma también en el escrito de calificaciones provisionales que la coacusada dictó el 29 de noviembre de 2.010 otra providencia en la que acordó la incoación de otro expediente de reposición de legalidad, esta vez en respuesta a una comunicación remitida por parte de la Agencia de protección de la legalidad urbanística que tuvo entrada en el Ayuntamiento el 14 de octubre del año 2.010. Sin embargo, tampoco se acordó en dicho expediente el cese de actividad, archivándose por acuerdo de la junta de gobierno local de fecha 22 de junio de 2.011, tras la concesión de las mencionadas licencias. El informe jurídico de don Bienvenido, en el que propone el archivo de los dos expedientes, la propuesta de la concejal y el acuerdo de archivo de la junta de gobierno local constan en los folios 1.031 y siguientes.

DÉCIMOTERCERO.- Los requisitos típicos del delito ahora analizado aparecen recogidos en el auto de la sala 2ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2.015, que recopila variada doctrina jurisprudencial de la misma sala.

El artículo 404 castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo. A esa conducta activa, nos dice la mencionada resolución, la doctrina jurisprudencial ha equiparado la omisiva en aquellos casos en los que resulta imperativo para el funcionario dictar una resolución y la omisión de su dictado tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que las leyes administrativas equiparan en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas. (...) Nos dice también el auto que “desde luego no resulta dudosa la posibilidad de sancionar prevaricaciones por mera omisión cuando la norma penal la tipifica específicamente, como en el caso del artículo 320 o del 329 del Código Penal. Pero cuando, ante la ausencia de específica previsión del tipo de omisión propia o pura se pretende la sanción a título de comisión por omisión, no puede prescindirse del presupuesto de equivalencia exigido en el artículo 11 del Código Penal y (...) Parece evidente que

tanto se efectúa la conducta descrita en el tipo penal «... la autoridad... que... dictase resolución arbitraria...» de manera positiva, es decir dictando la resolución, como no respondiendo a peticiones que legítimamente se le planteen y respecto de la que debe existir una resolución, pues ésta, también se produce por la negativa a responder. (...)

En la Sentencia 1093/2006 de esta Sala Segunda, citada en la recurrida, recoge también el auto de 5 de mayo de 2015, se dice que “no es otra la doctrina sentada cuando se recordaba que el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 30 de junio de 1997, se examinó la conducta de un Alcalde que no convocó el pleno que le ha sido solicitado para decidir una moción de censura. Se tomó el Acuerdo de que tal conducta es subsumible en el tipo de prevaricación del artículo 404 del Código Penal por entender que la prevaricación recogida en ese precepto puede cometerse por omisión. Desde luego el acto de no convocar era equivalente a la expresa resolución denegatoria de la convocatoria solicitada. Pero a tales supuestos no cabe equiparar el genérico incumplimiento de cualquier deber de actuar. Así, no cabe equiparar la mera ausencia de procedimiento, o su no iniciación con la adopción de una resolución de manera presunta o por silencio.”

Finalmente, con relación a esta modalidad delictiva, es fundamental recordar que le resultan predicables todos y cada uno de los adjetivos con los que la jurisprudencia califica las resoluciones que constituyen el objeto de los delitos de prevaricación en su modalidad activa. Por ello, es preciso que la omisión del sujeto activo constituya, como ya dije, una conducta injusta y arbitraria, una contradicción patente y grosera del ordenamiento jurídico o un desborde de legalidad de “evidente, flagrante y clamoroso”.

DÉCIMO CUARTO.- El artículo 211 de la ley 9/2002 de Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, vigente al tiempo de ocurrir los hechos enjuiciados, establecía que “cuando algún acto distinto de los regulados en el artículo anterior (supuestos de obras terminadas sin licencia) y que precisa de licencia o comunicación previa se hubiese realizado sin esta o en contra de sus determinaciones o el contenido comunicado, la persona titular de la alcaldía dispondrá el cese inmediato de dicho acto e incoará expediente de reposición de la legalidad”. Con base en tal precepto, la acusación popular imputa a la acusada el delito analizado, reprochándole penalmente no haber acordado el cese de actividad “de manera inmediata”.



Tal pretensión penal considero que no puede ser estimada. En primer lugar, porque con las denuncias interpuestas ante Ayuntamiento y Agencia de la protección de la legalidad urbanística convivía en el tiempo la tramitación del expediente de concesión de licencia en favor de la entidad SIRESA. Tal y como ya se ha expuesto, en dicho expediente se pusieron reiteradamente de manifiesto la existencia de dificultades para llevar a cabo las obras de urbanización. Por tal motivo, aparece como razonable que la concejal pudiese ponderar las circunstancias, de índole social y económica, que podría conllevar el cierre de un establecimiento que llevaba funcionando 10 años y que, según resulta del contrato público entre la Universidad de Vigo y la entidad SIRESA (folio 428) era explotado en régimen de concesión.

En segundo lugar, tengo que recordar que la acusada se refirió en el juicio a la sentencia que dictó el magistrado del juzgado de lo contencioso administrativo número 1 de esta ciudad el 25 de febrero de 2.013. En el fundamento de derecho 4º de la mencionada resolución, realizado obiter dicta, se alude a la caducidad de la acción municipal para la reposición de la legalidad urbanística. Citando la sentencia del mismo magistrado y la jurisprudencia en ella recogida doña Aurea [REDACTED] y don Bienvenido [REDACTED] manifestaron que se había valorado la caducidad de la acción municipal de reposición de la legalidad urbanística en los supuestos en que, como era el caso, el edificio tenía un uso acorde con el previsto en el planeamiento, lo que no se discute, y reunía las condiciones necesarias de seguridad, lo que sí fue discutido, y mucho, en juicio.

Pues bien, en este punto he de recordar que indicó el letrado de doña Aurea [REDACTED] en su escrito de defensa que la sentencia del juzgado de lo contencioso había sido revocada en apelación, pero, en una afirmación que comparto, vino a manifestar que lo relevante, a efectos del presente procedimiento penal, es la plasmación de dicho criterio en la sentencia dictada en primera instancia. Por tanto, la existencia del criterio jurisprudencial recogido en la referida sentencia, existente, según en ella se recoge, desde el dictado de otra sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril del año 2.000, permite afirmar que la inacción de la acusada no constituyó una vulneración patente o grosera del artículo 211 de la citada norma autonómica, pues, en aplicación del citado criterio, cabría la posibilidad de legalización del uso del edificio.

Resta, por tanto, analizar si doña Aurea [REDACTED] se preocupó de valorar la concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia que, en su omisiva actuación, tuvo presente.

En cuanto al primero de ellos, referido al transcurso de 6 años desde la terminación de las obras, es claro que pudo entenderlo cumplido, dado que la residencia se inauguró en el año 2.001 y la primera denuncia urbanística data del año 2.009. Ello con independencia de las diferentes opiniones que pueda haber acerca del día inicial del cómputo.

En cuanto al segundo, referido a la compatibilidad del uso con el previsto en el planeamiento, es una cuestión que no resulta controvertida.

En cuanto al tercero, referido a que “el edificio reúna las condiciones técnicas de seguridad y salubridad exigibles”, ha de valorarse que la acusada se refirió en juicio a que el servicio de bomberos había emitido informe técnico favorable del proyecto básico y ejecutivo de la residencia (folio 1.109), así como al informe de la aparejadora municipal, favorable a la concesión de la licencia de primera ocupación.

Con respecto a la seguridad del edificio, conviene recordar, junto a lo expuesto, que el perito don [REDACTED], propuesto por la defensa, elaboró el 31 de enero de 2.013 un informe técnico sobre la seguridad en caso de incendio del edificio (folio 1163). Dada la fecha en que se elaboró dicho informe, resulta evidente que doña Aurea no lo conocía en las fechas en que se interpusieron las denuncias urbanísticas ante el ayuntamiento y la APLU. Sin embargo, lo relevante a los efectos del presente procedimiento es que, según ese dictamen, el edificio cumplía con la normativa en materia de seguridad y, en consecuencia, ninguna duda existe sobre la corrección del informe técnico del servicio de bomberos.

La acusación particular, con base en las afirmaciones en juicio de [REDACTED] y, sobre todo, [REDACTED], ha cuestionado el cumplimiento de las condiciones de seguridad del edificio, toda vez que se dijo que la falta de realización de obras de urbanización del entorno incidía en la seguridad de la edificación. En particular, se aludió a la imposibilidad de acceder a un hidrante.

Con respecto a tales manifestaciones, simplemente he de decir que, sin duda, la realización de tales obras urbanizadoras habría de permitir, en caso de incendio, que los bomberos pudiesen aproximarse a mayor número de puntos del edificio, en los que, eventualmente, pudiese ser necesaria su actuación. Sin embargo, esa es una mera evidencia que no puede servir de base para cuestionar en un procedimiento penal la seguridad de un edificio, máxime cuando se presenta de contrario un dictamen pericial que certifica la seguridad de la edificación y consta en autos un



informe técnico emitido por el servicio de bomberos. Asimismo, es importante destacar en este punto, como dijo el letrado de don Bienvenido, que el informe emitido por el perito sr. [REDACTED] en el recurso contencioso que dio lugar a la anulación del acuerdo de concesión de licencia, aportado con la querrela, no tuvo por objeto valorar la seguridad del edificio en caso de incendio, sino, tal y como consta en su portada, valorar la ejecución de las obras de urbanización.

En consecuencia, procede también absolver a doña Aurea [REDACTED] del delito de prevaricación administrativa en su modalidad omisiva que le fue imputado por la acusación popular.

DÉCIMOQUINTO.- Por lo que se refiere a las costas, debo resolver acerca de si han de ser declaradas de oficio o si las devengadas por la defensa de doña Aurea [REDACTED] han de ser impuestas a la acusación particular, petición formulada por su defensa.

La STS de 2 de junio de 2.016 nos dice que “en lo que respecta a la imposición de costas a la acusación particular en casos de absolución de los acusados, debe atenderse, con vistas a la evitación de infundadas querrelas o a la imputación injustificada de hechos delictivos, a los criterios de evidente temeridad y notoria mala fe, criterios que esta Sala adjetiva, sugiriendo la excepcionalidad en la aplicación de la norma. La temeridad y mala fe han de ser notorias y evidentes, correspondiendo su prueba a quien solicita la imposición.

La jurisprudencia de esta Sala tiene también declarado sobre esa última cuestión (STS 842/2009 , de 7-7 (RJ 2009, 6716)) que, ante la ausencia de una definición auténtica de lo que haya de entenderse por temeridad o mala fe, ha de reconocerse un margen de valoración subjetiva al Tribunal sentenciador, según las circunstancias concurrentes en cada caso, ponderando a tal fin la consistencia de la correspondiente pretensión acusatoria. Para ello se tendrá en cuenta la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales, pero sin olvidar que el que obliga a otro a soportar una situación procesal debe responder por los gastos que tal situación le ha originado, salvo las excepciones en las que se haya podido considerar que tenía razones para suponer que le asistía el derecho, siendo generalmente válida, a estos efectos, una referencia a la actuación del Ministerio Fiscal, por el carácter imparcial de la institución. De tal modo que alguna sentencia de esta Sala ha llegado a decir que existe temeridad cuando la pretensión de la

acusación particular supera ampliamente tanto la petición del Fiscal como la considerada ajustada a Derecho por el Tribunal. Resta por decir que la temeridad o la mala fe pueden aparecer en cualquier momento de la causa, sin que sea preciso que se aprecien desde el inicio de la misma (SSTS de 18 de febrero (RJ 2004, 1623) , 17 de mayo (RJ 2004, 3071) , 5 de julio , 19 de junio de 2004 y de 25 de enero de 2006 (RJ 2006, 3331) , entre otras, así como la más reciente 899/2007 , de 31 octubre (RJ 2007, 8438)).

En el supuesto que nos ocupa considero que una adecuada interpretación de los conceptos de mala fe y temeridad ha de llevar a no acoger la petición formulada, declarándose las costas de oficio. Ciertamente es que esta sentencia es de signo absolutorio por no haber quedado acreditada la prueba del elemento subjetivo que la comisión del delito de prevaricación requiere. Ahora bien, no hay que perder de vista, en cuanto al pronunciamiento que ahora se hace, el hecho de que la jurisdicción contenciosa anuló el acuerdo municipal de concesión de licencia, por no ajustarse a la legalidad urbanística, y que nuestra Ilma. Audiencia provincial apreció en dos ocasiones, al resolver sendos recursos de apelación contra el auto de sobreseimiento del instructor y el auto de pase a procedimiento abreviado, la necesidad de que se debatiese en juicio oral sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados.

Vistos los preceptos legales citados y demás aplicables

FALLO

Que debo absolver y absuelvo a doña Aurea [REDACTED] y a don Bienvenido [REDACTED] de los delitos de prevaricación por los que, respectivamente, fueron acusados en la presente causa, con declaración de oficio de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes procesales, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Ourense en el plazo de diez días contados a partir del siguiente a su notificación.

Así lo pronuncio, mando y firmo.