

**JUZGADO DE LO PENAL Nº 2 DE BILBAO***Sentencia 164/2017, de 19 de junio de 2017**Sala de lo Penal**Rec. n.º 309/2016***SUMARIO:****Delito de prevaricación administrativa. Posibilidad de su comisión por omisión.**

Existía una norma que le obligaba al Alcalde y por derivación, al concejal de urbanismo a iniciar el procedimiento de inspección, de forma inmediata, desde el momento en que conocen la existencia de actividad u obras sin licencia. La tolerancia de la actividad industrial sin licencia, durante once años, no se aprecia prevaricación administrativa sino infracción de la legalidad urbanística. La querellante ante la inacción municipal hubo de dirigirse a la jurisdicción contencioso-administrativa y comprobar cómo la administración se oponía a la demanda mediante el dictado de un decreto al que después la propia Administración decidió no dar cumplimiento, lo que puede calificarse, después de once años de inactividad inspectora, de ataque grave a la legalidad necesitado, por ello, de protección penal. Para apreciar la comisión de un delito de prevaricación, será necesario: 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; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y su actuación a sabiendas que estaba cometiendo de manera arbitraria un acto de injusticia. Considerada la prevaricación como delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad. Es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución. En este caso, los encausados no ejercieron las facultades inspectoras desde el principio. La empresa realizó las obras proyectadas y ejerció su actividad desde el año 2000 sin que los encausados hicieran nada por impedirlo como era su obligación.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 24 y 404.

Constitución española, arts. 9.1, 24, 103 y 106.1.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

PONENTE:

Doña Cristina de Vicente Casillas

BILBOKO ZIGOR-ARLOKO 2 ZK.KO EPAITEGIA

BUENOS AIRES 6, 1ª planta - CP/PK: 48001 TELEFONO /TELEFONOA:

94-4016471 FAX / FAXA: 94-4016620

NIG P.V. / IZO EAE: 48.04.1-14/024814

NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.43.2-2014/0024814

CAUSA / AUZIA: Proced.abreviado / Prozedura laburtua 309/2016

Atestado nº/ Atestatu-zk. : ESCRITO QUERELLA

Hecho denunciado/ Salatutako egitatea :

Prevaricación administrativa / Administrazio-prebarikazioa

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 3 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 3 zk.ko Epaitegia Procedimiento abreviado / Prozedura laburtu a 2078/2014

Contra/Kontra: Juan Francisco Abogado/a / Abokatua: RICARDO SANZ CEBRIAN Procurador/a / Prokuradorea: IDOIA MALPARTIDA LARRINAGA Contra/Kontra: Lourdes

Abogado/a / Abokatua: PAULA SANZ OCHOANTESANA Procurador/a / Prokuradorea: IDOIA MALPARTIDA LARRINAGA Contra/Kontra: Baltasar

Abogado/a / Abokatua: IKER TELLITU BAÑALES

Procurador/a / Prokuradorea: IDOIA MALPARTIDA LARRINAGA

Acusador particular/Akusatzaile partikularra: Apolonia Abogado/a / Abokatua: IGNACIO PEREZ DAPENA

Procurador/a / Prokuradorea: GERMAN ORS SIMON

D/Dª. Mª ROSARIO PALENQUE LUS, Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Bilbao, POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos Proced.abreviado 309/2016 ha recaído sentencia, del tenor literal:

Nik, Bilboko Zigor-arloko 2 zk.ko Epaitegiko Mª ROSARIO PALENQUE LUS Justizia Administrazioaren letradua naizen honek, ONDOKOA JASOTZEN DUT: Prozedura laburtua 309/2016 autoetan epaia eman da, hitzez hitz honako hau dioena:



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA N ° 164/2017

En BILBAO (BIZKAIA), a diecinueve de junio de dos mil diecisiete.

Vista por la Iltma. Sra. D^a Cristina de Vicente Casillas, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal n^o 2 de Bilbao, la presente causa n^o 309/16, proveniente del Procedimiento Abreviado n^o 2078/2014 del Juzgado de Instrucción n^o 3 de Bilbao, seguido por un DELITO DE PREVARICACIÓN, contra D. Juan Francisco, con DNI n^o NUM000, nacido el día NUM001/1962 y cuyas demás circunstancias personales constan en los autos, representado por la Procuradora D^a. Idoia Malpartida Larrinaga y defendido por el Letrado D. Ricardo Sanz Cebrián; contra D^a. Lourdes, con DNI n^o NUM002, nacida el día NUM003/1966; representada por la Procuradora D^a. Idoia Malpartida Larrinaga y defendida por la Letrada D^a. Paula Sanz Ochoantesana; y contra D. Baltasar, con DNI n^o NUM004, nacido el día NUM005/1963, representado por la Procuradora D^a. Idoia Malpartida Larrinaga y defendido por el Letrado D. Iker Tellitu Bañales; como acusación particular: D^a. Apolonia, representada por el Procurador D. Germán Ors Simón y defendida por el Letrado D. Ignacio Pérez Dapena; siendo parte acusadora pública el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, vigente en el momento de los hechos, siendo responsables los encausados en concepto de autores conforme al artículo 28 del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando imponer, a cada uno de los encausados, la pena de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Abono de las costas procesales.

Segundo.

En idéntico trámite, los letrados de la defensa solicitaron la absolución de los acusados.

HECHOS PROBADOS

1.- Han quedado acreditados los siguientes hechos :

-Recuperaciones Esmá S.L es una empresa que se dedica al reciclaje de residuos y que se traslada desde su anterior ubicación en Trápaga al municipio de Erandio, concretamente a los pabellones donde ejercía su actividad Montajes Nervión en el año 2000 .Mediante solicitud de 20 de Agosto de 2000 solicita licencia de obras para realizar nuevo pabellón destinado a albergar vestuarios y comedor entre otros. El 20 de Diciembre de 2000 solicita la licencia de legalización de actividad de recuperación de metales férricos y no férricos lo que da lugar al expediente n^o NUM006.

-Paralelamente y, sin esperar a las licencias, inicia su actividad industrial y realiza las obras proyectadas, confiada en las conversaciones que, previamente al traslado, ha mantenido la empresa con los responsables municipales .



www.civil-mercantil.com

-Apolonia es propietaria junto con su marido de un solar colindante con el anterior, clasificado como suelo urbano de uso industrial. Su marido Remigio es un empresario, que ha vivido durante 30 años en Venezuela y posee una fábrica de producción de tornillos. Su deseo es volver a su tierra natal y trasladar la producción a Erandio, para jubilarse y dejar el negocio a sus hijos. A tal fin, compran el solar y solicitan los permisos administrativos al Ayuntamiento, siendo parte promotora en el procedimiento de delimitación del área de actuación nº 31 y fijación del sistema de actuación, al igual que recuperaciones Esma S.L.

-En el expediente NUM006 se incorporan varios informes favorables a la licencia de actividad solicitada, (aparejador y técnico ambiental), se somete a información pública y se remite el expediente al departamento de sanidad del Gobierno Vasco que exige al Ayuntamiento información adicional sobre el proyecto presentado por recuperaciones Esma el 7 de mayo de 2001, sin que se realice ninguna actuación más.

-Paralelamente se tramita el expediente de licencia de obra NUM007. En dicho expediente figura el informe del técnico medio ambiental (desfavorable) y el informe jurídico de 3 / 10 / 00 según el cual "las previsiones del planeamiento general resultan insuficientes...circunstancias que determinan la necesidad de elaborar un estudio de detalle que complete el diseño de la trama urbana... En consecuencia, habrá de entenderse que la tramitación del expediente queda en suspenso hasta dicho momento". (fol. 22)

-Durante la tramitación del procedimiento urbanístico, se presentan por las partes hasta tres estudios de detalle que son devueltos para hacer correcciones. El primero el 10 / 07 / 2000 denegado mediante decreto de 14 de Noviembre. El segundo se presenta el 26 / 12 / 2000 respecto del cual no se adopta ninguna resolución. El tercero se presenta 22 / 11 / 2006 y es denegado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 27/01/2011, porque en el año 2009 se había aprobado un plan sectorial de carreteras incompatible con los usos de los citados solares.

-El 8 de Noviembre de 2010 Doña Apolonia solicitó copia de expedientes de concesión de licencia de actividad y obra, a los efectos de comprobar la legalidad de las edificaciones construidas y de la actividad que se llevaba a cabo, lo que se le facilitó.

-El 20 de Diciembre de 2010 el concejal de urbanismo Sr Baltasar ordena a la Policía municipal que verifique si hay actividad en la empresa Recuperaciones Esma S.L y el 10 de Enero de 2011 la policía municipal de Erandio informa que NO tiene ninguna de las dos licencias solicitadas, (ni obras ni actividad), está ejerciendo su actividad, ha construido el pabellón pero no el comedor. (fol. 987).

-El 11 de Julio de 2011 la Sra. Apolonia presentó una denuncia ante el Ayuntamiento contra la empresa Recuperaciones Esma, por ejercer su actividad sin tener la correspondiente licencia, solicitando la incoación de expediente y adopción de medidas cautelares.

-La Administración no contesta a su solicitud.

-Ante la inactividad de la administración, la citada Sra. Apolonia el 23/01/2012 interpone recurso contencioso administrativo que se sigue en los autos 23 / 2012 ante el juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Bilbao.

-En dicho procedimiento el Ayuntamiento, se opone a la demanda, alegando que ya ha dictado una resolución. Para ello la concejal de urbanismo Doña Lourdes dicta el Decreto 1930 / 2012 de 9 de Noviembre por el que se inicia procedimiento de comprobación de actividades de recuperaciones Esma que se adjunta a la contestación de la demanda.

-Este Decreto no es seguido de actuación administrativa alguna.

-El 22 de Noviembre de 2013 se dicta sentencia cuyo fallo, desestimatorio de la demanda, por falta sobrevenida de objeto, urge al Ayuntamiento a realizar sin más dilación los actos de inspección acordados.



www.civil-mercantil.com

-La Sra. Apolonia solicita en escritos de 14 de Enero de 2014 ,21 de marzo y 14 de mayo que se actúe en el sentido indicado en el fallo de la sentencia. No se le contesta a estas peticiones.

-El 7 de Abril de 2014 se gira Inspección a la empresa por la arquitecta municipal Doña Noemi (fol. 992). En ella constata que todos los edificios de la empresa recuperaciones Sesma están afectados total o parcialmente por la nueva ordenación de carreteras, (PTSC) por lo que es necesario realizar un reajuste de la clasificación de los suelos y reajuste de alineaciones mediante el instrumento de planeamiento que se considere oportuno.

-El 25 de Junio se dicta el decreto 1169 / 2014 por el que se deniega la legalización de la actividad de Recuperaciones Esma S.L e incoa expediente de restauración de la legalidad urbanística.

-El día 9 de Julio de 2014 la Sra. Apolonia interpone la querrela, dado que desde el 2011 no había recibido contestación alguna del Ayuntamiento a la denuncia administrativa presentada y por el contrario, la empresa denunciada seguía realizando su actividad sin contar con las preceptivas licencias.

2.-La encausada Lourdes, sin antecedentes penales, fue Concejala delegada de Urbanismo desde Junio de 2011 hasta el año 2015.

Tras la interposición de la demanda por la Sra Apolonia el 23/01/2012 la citada encausada se reunió con la directora de urbanismo (Amalia) y el asesor jurídico (Sr Iván). El Sr Iván le informó que la denunciante tenía razón y había que iniciar la actividad inspectora.

La encausada, con conocimiento de su obligación de actuar, inició la actividad inspectora, mediante Decreto de 9/11/12 a los solos efectos de contestar a la demanda y obtener un fallo estimatorio, pero se abstuvo de ordenar la continuación del procedimiento de forma consciente. La sentencia se dictó en Noviembre de 2013 y tampoco ordenó la continuación del procedimiento a pesar de que el fallo le urgía a hacerlo.

La actividad inspectora no se reanudó hasta que la denunciante, después de dictada la sentencia, requirió nuevamente la actuación del ayuntamiento advirtiendo de responsabilidades penales, por escrito de 21 de marzo de 2014.

3.-El encausado Baltasar, sin antecedentes penales, ha sido concejal delegado de Urbanismo hasta mayo de 2011 en consecuencia, no ha tenido intervención alguna en los hechos ocurridos a partir de Junio de 2011. El encausado conoció y consintió que la empresa Recuperaciones Esma desarrollara su actividad sin las licencias correspondientes desde el año 2000, pero cuando la denuncia nte Sra Apolonia, presentó el escrito de 8/11/2010 poniendo en conocimiento formal del Ayuntamiento que la empresa carecía de licencia, ordenó actuar a la Policía Local, cesando en su actividad como concejal en mayo de 2011.

4.-El encausado Juan Francisco, sin antecedentes penales, es Alcalde del municipio de Erandio desde el año 2009 hasta la actualidad, y mediante Decreto delegó las competencias municipales en materia de urbanismo en la concejal Doña Lourdes desde Junio de 2011. Conoció y consintió la realización de la actividad industrial de la Empresa Recuperaciones Esma a pesar de que carecía de licencias desde el año 2010. Conoció asimismo que la denunciante presentó demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa porque no se había iniciado la actividad inspectora solicitada, pero no se ha acreditado que tuviera conocimiento y consintiera la paralización del expediente de por la Sra. Lourdes.



www.civil-mercantil.com

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El presente procedimiento tiene por objeto determinar si el Alcalde encausado Sr Juan Francisco y el concejal de urbanismo Sr Baltasar cometieron el delito de prevaricación por omisión al no ejercer la inspección de la actividad de la mercantil Recuperaciones Esma, por carecer de licencia de actividad y de obra desde que solicitó las licencias en el año 2000 hasta el 11 de Enero de 2011 en que se acordó la denegación del estudio de detalle al que estaban vinculadas. Y en segundo lugar se ha de determinar si a partir de dicha fecha tanto el Sr Juan Francisco como la Sra. Lourdes (nueva concejal de urbanismo desde Junio de 2011) incurrieron en omisión delictiva por no resolver sobre las citadas licencias y por no actuar ante las sucesivas quejas de la Sra. Apolonia, formuladas desde Julio de 2011 denunciando la actividad de la empresa citada .

El delito de prevaricación omisiva es admitido por la doctrina jurisprudencial de forma clara . La reciente STS de 13 de Febrero de 2017 establece lo siguiente :

" El artículo 404 del Código Penal castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo . Se trata de una figura penal que constituye 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. Sala 3ª de 20 de noviembre de 2009 y 9 de marzo de 2010).

Para apreciar la comisión de un delito de prevaricación, en definitiva, será necesario:

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 ;

En cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto;



www.civil-mercantil.com

Y 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. (STS núm. 228/2013, de 22 de marzo).

La doctrina de esta Sala ha admitido la posibilidad de cometer el delito de prevaricación por omisión en aquellos casos especiales en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución (, Alcalde que no convoca un Pleno para resolver una moción de censura, STS de 9 de junio de 1998, Alcalde que por enemistad con un vecino se niega a darle un certificado de empadronamiento, STS núm. 190/1999, de 12 de febrero , STS núm. 965/1999, de 14 de junio , STS núm. 426/2000 de 18 de marzo , STS 647/2002, de 16 de abril , STS 1382/2002, de 17 de julio , Alcalde que se niega a convocar una comisión de investigación en el Ayuntamiento y a facilitar datos a un Concejal, STS 787/2013, de 23 de octubre , STS 771/2015, de 2 de diciembre , etc.)

Considerada la prevaricación como delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad.

Es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución.

La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cual sea legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos (ver STS 771/2015 , de 2 de diciembre).

Segundo.

Descritos los parámetros jurídicos y fácticos dentro de los cuales debe desenvolverse el análisis de los hechos sometidos a enjuiciamiento, pues propiamente sobre los hechos acaecidos no hay discusión, los argumentos de la partes son en síntesis los siguientes :

Por la parte acusadora se invoca :

- Que los encausados no ejercieron las facultades inspectoras desde el principio. La empresa realizó las obras proyectadas y ejerció su actividad desde el año 2000 sin que los encausados hicieran nada por impedirlo como era su obligación. La tramitación del estudio de detalle en nada empecé a dicha decisión que materialmente estaban obligados adoptar, pues desde el punto de vista de la legalidad vigente, no cabe ejercer una actividad sin que la licencia esté otorgada.

-Que desde Enero de 2011 en que se denegó la aprobación del estudio de detalle, estaban legalmente obligados a resolver sobre la situación de la empresa, que ejercía su actividad sin licencia conociendo ya que el planeamiento urbanístico previsto inicialmente no era aplicable.

-Que de forma deliberada decidieron no atender a las peticiones de la Sra. Apolonia, omitiendo iniciar una actividad inspectora a la que estaban obligados, con la finalidad precisamente de no resolver, como venían haciendo ,pues pretendían que la empresa



www.civil-mercantil.com

continuara su actividad a pesar de que carecía de los permisos administrativos necesarios para ejercerla.

La defensa del Alcalde argumenta que tomó posesión de su cargo en Junio de 2009, por lo que desconocía las vicisitudes de esta empresa ocurridas con anterioridad. Aunque entró en el Ayuntamiento en el año 2003 se había ocupado de los departamentos de Hacienda y Personal. A partir de entonces tampoco las conoció porque las facultades de urbanismo estaban delegadas, por lo que nunca supo que la empresa funcionaba sin actividad. No conoció el problema hasta que se interpuso la querrela pues nadie le informó y en ese momento ordenó la inmediata resolución del asunto. Previamente le habían informado de la demanda interpuesta por la Sra. Apolonia en una junta de gobierno pero se limitó a seguir las indicaciones del asesor jurídico. Le informaron que la sentencia había sido desestimatoria, es decir que el Ayuntamiento había ganado el pleito. En cuanto a los escritos de la denunciante que no se atendieron, alega insuficiencia de medios en el departamento de urbanismo, caos organizativo e incapacidad para tramitar los asuntos a su tiempo debido. Por último se alega que se trata de un asunto perteneciente a la jurisdicción contencioso administrativa, y que el derecho penal, en aplicación del principio de intervención mínima, no debe intervenir.

La defensa del concejal Sr Baltasar argumenta que el expediente urbanístico afectante a esta parcela revestía gran complejidad, prueba de lo cual es que fue precisa la tramitación de tres estudios de detalle, sin que finalmente pudiera aprobarse ninguno debido a la entrada en vigor del plan de carreteras. No hubo, en consecuencia, omisión alguna sino actuación constante del departamento correspondiente. Cuando la querellante solicitó información en el año 2010, se le facilitó. En Junio de 2011 el encausado cesó en sus funciones por lo que no es responsable de lo que ocurrió después.

La defensa de la Sra. Lourdes invoca que tomó posesión de su cargo en Junio de 2011. Desde el año 2007 había sido delegada de obras. No recibió ninguna información especial del anterior concejal alertándole de ningún empresa precisada de intervención urgente y no supo lo que ocurría hasta que le comunicaron el fallo de la Sentencia en 2014. Dictó el decreto que ordenaba la apertura de expediente porque así se lo indicó el asesor jurídico como mero trámite y después desconoce la razón por la que el expediente no siguió su curso. Dice que los técnicos no le pusieran nada a la firma. Cuando le comunicaron el fallo de la sentencia dio órdenes para que se actuara.

Siendo estas en síntesis, las posiciones de las partes, para facilitar el análisis de los hechos se va a distinguir dos secuencias temporales de los hechos que se estudiarán separadamente :

Tercero.

Precisiones y contexto en el que suceden los hechos.

Tal y como se desprende del relato de hechos probados, la querellante participó en el procedimiento urbanístico de delimitación del área nº 31 y aprobación de estudio de detalle, que después de once años no llegó a aprobarse. La denegación del estudio de detalle tiene como causa principal la aprobación de un plan sectorial de carreteras en el año 2009, que afectaba al estudio en trámite hasta el punto de impedir su aprobación. Naturalmente si un procedimiento se alarga en el tiempo de forma indefinida es del todo punto razonable que surjan circunstancias imprevistas como la citada que se constituyan en obstáculos insalvables, pero en el fondo lo que late es un a torpe e ineficaz gestión municipal de las competencias de urbanismo, pues no existe ningún motivo que justifique una duración de once años para un procedimiento de aprobación de un estudio de detalle.



www.civil-mercantil.com

La consecuencia para la querellante es la defraudación definitiva de sus expectativas de invertir los ahorros de toda una vida en su municipio natal. Su marido Remigio quería trasladar la producción de su fábrica de tornillos a Erandio y para ello adquirió un solar, pagó abogados, esperó un tiempo razonable e, hizo todas las correcciones que se le solicitaban, cumplió en definitiva con lo que se le pedía, esperó mucho mas tiempo y finalmente recibió como toda respuesta la negativa. Esta es la grave injusticia que la denunciante ha sufrido: la de una burocracia no orientada al servicio de los intereses generales de los ciudadanos en flagrante incumplimiento del Aº 103 de la CE.

Pero debe precisarse que esta injusticia, con toda su gravedad, no es el objeto de este procedimiento penal. Este gravísimo incumplimiento de la Administración carece de respuesta penal, porque el legislador no sanciona la gestión caótica, deficiente o la desidia municipal en el cumplimiento de sus funciones. Tampoco sanciona el incumplimiento de la legalidad administrativa por grave que sea, sino únicamente la realización dolosa de actuaciones arbitrarias.

Por otro lado hay que señalar, en respuesta a las alegaciones mas o menos implícitas de la defensa del Sr Juan Francisco sobre la mala fe que anima a la denunciante, que con esta actuación omisiva el Ayuntamiento desplegó una doble vara de medir, pues mientras toleró la actividad sin licencia de recuperaciones Esma permitiendo el desarrollo de una actividad industrial beneficiosa para el municipio, al mismo tiempo impidió que su vecino hiciera lo propio, mediante el ejercicio de las mismas potestades municipales de forma que la tolerancia con uno se contrapone injustamente al rigor con el otro. No cabe, pues apreciar mala fe en la querellante cuando exige al Ayuntamiento una y otra vez que cumpla la legalidad administrativa, la misma legalidad que se ha aplicado con ella de forma tan injusta. Únicamente cabe apreciar a un ciudadano con un alto nivel de exigencia hacia sus responsables municipales dispuesto a pagar nuevamente dinero con el fin de exigir que la ley se cumpla igual para todos.

Estas precisiones han de servir para delimitar con claridad el objeto del juicio penal que no es otro que determinar si la tolerancia de la Administración con la actividad clandestina desarrollada por Recuperaciones Esma es constitutiva de delito (ya adelantamos que no) y si la inacción posterior, una vez que la querellante pone en conocimiento formal de la Administración que tal actividad se está desarrollando sin licencia, es o no constitutiva del delito mencionado.

Cuarto.

Concurrencia de requisitos del delito de prevaricación omisiva.

El delito de prevaricación administrativa consiste en dictar una resolución administrativa arbitraria. Cuando se comete por omisión es necesario determinar, conforme al Aº 11 del CP, ;:

- 1) La posición de garante.

- 2.) La producción del resultado. 3.) La posibilidad de evitarlo. Nos recuerda la doctrina administrativa que el origen de la posición de garante de las autoridades y funcionarios públicos deriva, en primera instancia, ni más ni menos, que de la propia CE/78. En efecto, podemos considerar que cuando en su art. 103.1 proclama que la Administración Publica sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, hace recaer ya en las autoridades y funcionarios que la componen, en cualquier nivel y situación, cada uno en el marco de las competencias y funciones que han asumido, la



www.civil-mercantil.com

obligación de que su actuación quede enderezada al servicio del interés general y servir al interés general también es garantizar, dentro de los cometidos propios de cada cual, que resoluciones arbitrarias y situaciones injustas no se producirán o mantendrán, que sería justamente lo contrario de actuar con sometimiento pleno a la ley y el Derecho.

1. Condición de funcionarios públicos de los autores .

Tanto el alcalde como los concejales de urbanismo son funcionarios públicos y tiene en la materia que enjuicamos (vigilancia sobre actividades industriales sujetas a licencia) la posición de garante de que se cumpla la legalidad.

2. Obligación de actuar.

En segundo lugar debe averiguarse si había obligación de actuar, que hubiera impedido el resultado injusto, y la conclusión es igualmente afirmativo.

La omisión de actividad inspectora, tolerando una actividad sujeta a licencia si n haberla obtenido , es una omisión equiparable a la actuación administrativa y así se ha considerado en numerosas resoluciones, la última de ellas la STS citada mas arriba, dictada con ocasión de unas obras realizadas en hotel sin la licencia correspondiente.

"Para valorar esta conducta omisiva como equivalente al dictado de una resolución debemos tener en cuenta, en primer lugar, que el art 176 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias establece que cuando un acto de construcción o edificación sujeto a previa licencia urbanística se lleva a cabo sin contar con la misma el Alcalde deberá acordar la inmediata suspensión de la obra, como recuerda la sentencia de instancia, por lo que en el caso actual existe una norma que de forma imperativa imponía al Alcalde recurrente la adopción de una resolución, concretamente la inmediata suspensión de la obra."

En el caso que nos ocupa, la Ley 2 / 2006 de 30 de Junio de suelo y urbanismo del País Vasco establece que, la licencia es el título legitimaste para realizar la actuación administrativa de que se trate, regulando un procedimiento , plazos y forma de obtener la licencia. Asimismo dentro del apartado " disciplina urbanística " establece la ley en su art º221 "tendrán la consideración de clandestinas cuantas actuaciones objeto de licencia se realicen o hayan realizado sin contar con las correspondientes títulos administrativos legitimantes requeridos por la presente ley o al margen o en contravención de los mismos" estableciendo el artículo 220 que regula la suspensión previa:" cuando el alcalde tenga conocimiento por cualquier medio de que se están realizando obras o usos clandestinos ordenara de forma inmediata la suspensión de los mismos." .

En igual sentido la ley de protección de medio ambiente Ley 3 / 1998 de 27 de febrero que en su artº 65 en relación con las actividades sin licencia señala "cuando el alcalde tenga conocimiento de que una actividad funciona sin haber obtenido las licencias correspondientes efectuara las siguientes actuaciones:

Si la actividad pudiera legalizarse requerirá al titular para que lo haga, concediéndole un plazo que no puede exceder de seis meses salvo casos excepcionales, pudiendo también clausurar la actividad.

Si la actividad no es legalizable deberá procederse a su clausura previa audiencia del interesado "



www.civil-mercantil.com

Además las citadas leyes establecen que los ayuntamientos controlaran, mediante la pertinente intervención previa, la legalidad de los actos, las operaciones y las actividades sometidas a licencia urbanística. También hay que señalar que la potestad de inspección o disciplina es de ejercicio inexcusable por la Administración y que la inspección urbanística es una potestad dirigida a comprobar que todos los actos, las operaciones y las actividades sometidos a licencia se sujetan a la legalidad y la ordenación territorial y urbanística aplicables. (aº 127).

Asi pues, existía una norma que le obligaba al Alcalde y por derivación, al concejal de urbanismo a iniciar el procedimiento de inspección , de forma inmediata, desde el momento en que conocen la existencia de actividad u obras sin licencia como también establece la precitada ley. Se trata de un aspecto que, por lo demás, no ha sido cuestionado.

Tampoco se ha discutido que los dos expedientes abiertos como consecuencia de la licencia de actividad y de obras solicitada por Recuperaciones Esma S.L se dejaron inconclusos. El de licencia de obras, suspendido a la espera de la aprobación del estudio de detalle y el de licencia de actividad a la espera de unos informes que nunca llegaron. Todo ello en el año 2001.

3.-En tercer lugar esta ilegalidad o contradicción con el derecho es de tal entidad que no puede explicarse con una argumentación técnico -jurídica mínimamente razonable. Este punto tampoco reúne gran dificultad de interpretación y tampoco se ha cuestionado realmente. La prerrogativa de inspección se ejerce de oficio por la Administración. Ya hemos visto que la ley impone obligaciones expresas a los Alcaldes para actuar tan pronto tienen conocimiento de la existencia de una actividad u obra sin licencia. En el caso que se enjuicia, la contradicción con el derecho es grave, puesto que el Ayuntamiento es quien tiene las facultades de inspección y sanción de los ciudadanos que no cumplen las normas, mientras que por su parte tolera una actuación ilegal. 4.- En cuarto lugar debe producirse un resultado materialmente injusto o una actuación contraria a los intereses generales. Sobre este punto tampoco se ha producido propiamente discusión alguna ya que ninguno de los tres encausados discuten la obligación de iniciar la vía inspectora ni los perjuicios para los intereses generales derivados de no hacerlo. 5.-La resolución ha sido dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad al margen de cualquier otra consideración. Este requisito es el que concentra la actividad decisoria más importante que debe tomarse en este procedimiento. En efecto, la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004).

En relación con este elemento interno o subjetivo consistente en actuar, " a sabiendas", hay que analizar dos cuestiones: En primer lugar, es preciso determinar si los encausados conocían o no que la empresa funcionaba y había acometido las obras sin las licencias correspondientes, pues si no hay conocimiento previo, mal se puede actuar " a sabiendas". En segundo lugar, si conociéndolo, se dejó de actuar de forma deliberada, con la voluntad de imponer su propio criterio por encima del que se desprende de la legislación que como hemos visto impone actuar de forma inmediata.

El primer requisito o condicionante también ha quedado acreditado, a pesar de que el Sr Juan Francisco lo niega. Del examen de los expedientes urbanísticos incorporados a la causa, se desprende que tanto el técnico jurídico, Sr Dimas, como el de medio ambiente Sr

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Iván, como el concejal de urbanismo Sr Baltasar, intervinieron en la tramitación de las licencias desde el año 2000, cuando la empresa RE decidió instalarse en el Ayuntamiento de Erandio desde su anterior ubicación. La instalación y comienzo de la actividad de esta empresa, de cierta envergadura, contó con el beneplácito del Ayuntamiento. Así lo afirma la empresa en sus diferentes escritos y recursos y es del todo punto razonable y lógico que así fuera. La decisión de someter la aprobación de las licencias a un estudio de detalle necesario para fijar o concretar las normas subsidiarias, se tomó permitiendo que la empresa continuara con su actividad. No de otra manera se entiende que ninguna solicitud se presentara por la empresa, (durante el dilatado proceso de tramitación de las licencias, nada menos que once años) reclamando la activación del expediente de concesión de licencias. No lo hizo porque no era necesario, ya que contaba con la aprobación tácita del ayuntamiento, que durante dicho dilatado periodo de tiempo no ejerció actividad inspectora alguna. El encausado Sr Baltasar reconoce en el acto del juicio oral que efectivamente y desde el inicio la empresa ejerció su actividad a pesar de que carecía de licencias. Con relación al conocimiento que el Sr Alcalde pudo tener de la situación concreta de esta empresa, debe señalarse que si bien tomó posesión de su cargo en Junio de 2009 como alega su defensa, en Diciembre de 2010 consta que a petición del concejal de urbanismo Sr Baltasar, la Policía local informa por escrito que la empresa carece de licencia de actividad y de licencia de obras, a pesar de que las obras ya están realizadas. El Sr Baltasar afirmó en el acto del juicio oral que la querellante al solicitar la información " estaba preparando de esta manera la vía judicial" . No es razonable pensar que una situación tan grave desde el punto de vista de la legalidad administrativa, no fuera comunicada al Alcalde, una vez que consta por escrito. El concejal tenía obligación de informar al Alcalde de toda situación relevante y ésta desde luego lo era. Máxime cuando solo un mes después, el 20 de Enero, se somete al Pleno del Ayuntamiento la decisión sobre la aprobación del estudio de detalle afectante a dicha unidad. En dicho Pleno interviene el alcalde y el Sr Baltasar, sin que sea razonable pensar que se hurtara al conocimiento del Pleno, información tan importante como que el estudio de detalle dejaba fuera de ordenación a una empresa como Recuperaciones Esma, que llevaba funcionando once años sin licencia de actividad, que había construido un pabellón sin licencia de obras y que como consecuencia, su actividad difícilmente podía ser legalizada en el futuro. Al mismo tiempo otro de los promotores del expediente, que llevaba esperando dicha licencia once años, vería frustrada sus expectativas de actuación definitivamente. El Sr Baltasar reconoce en el acto de la vista oral, que efectivamente todos los concejales y el Alcalde conocían en ese Pleno la situación de la empresa. Así pues, debe concluirse que respecto de este periodo temporal, tanto el encausado Sr Baltasar como el Sr Alcalde, conocían perfectamente la situación administrativa de la empresa denunciada. En segundo lugar, debe analizarse si a pesar de conocer dicha situación y su correlativo deber de actuar, consintieron, a sabiendas, dicha situación, anteponiendo su voluntad ante cualquier otra consideración. Porque solo en este caso, se comete el delito que enjuiciamos. En este punto, dados los términos en que se planteó el debate, con la negativa del sr Juan Francisco a reconocer que estaba al tanto de la situación de la empresa, solo cabe deducir el elemento subjetivo a partir de los hechos que han quedado acreditados. Tanto el Sr Baltasar como el Sr Juan Francisco tenían plena conciencia de que resolvían al margen del ordenamiento jurídico tolerando esta situación, pero había algunas consideraciones ligadas a la proporcionalidad de la medida y a la responsabilidad del Ayuntamiento en la gestión del expediente urbanístico que permitían albergar "dudas razonables" sobre la justicia de la decisión que debían adoptar. Y en efecto, la actividad desarrollada por la empresa era conforme a la ley, en suelo apto para ello y se había permitido por los iniciales responsables políticos porque era beneficiosa para el municipio al dar empleo a trece familias y generar empleo indirecto. Gozaba inicialmente de los informes favorables tanto del técnico jurídico como del técnico ambiental y solo faltaba por



www.civil-mercantil.com

salvar el escollo del planeamiento urbanístico. Y en este último aspecto, el Ayuntamiento tenía gran responsabilidad pues precisamente había sido su falta de competencia a la hora de resolver en once años lo que ordinariamente no debe durar más de seis meses, la que había provocado que finalmente la resolución del expediente se viera afectada por el plan de carreteras. De forma que lo justo en términos legales (suspender o legalizar una actividad que carecía de licencia) era, en el caso concreto, y conforme avanzaba el tiempo, una solución materialmente injusta, por las razones que se han señalado. Se optó por no actuar, sabiendo que debía hacerse, pero en este no actuar es probable que pesaran dichas consideraciones. Es dudoso que, en tal situación, pueda hablarse de ejercicio arbitrario de las prerrogativas administrativas, lo que, en aplicación de los principios que rigen el juicio penal, en particular el principio in dubio pro reo, debe conducir al dictado de una sentencia absolutoria.

Así pues, en la tolerancia de la actividad industrial sin licencia, durante once años, no se aprecia prevaricación administrativa sino infracción de la legalidad urbanística.

Cuarto.

Distinta es la situación que se produce después, cuando la querellante decide interesarse por la situación de esta industria y ocurre lo siguiente: La Sra. Apolonia, de 85 años de edad, expresó en palabras sencillas pero totalmente claras su interés en la causa al manifestar que "compraron un terreno con los ahorros de la emigración para poner una industria y no pudieron ponerla, mientras que a su vecino sí le dejaron". No pudo recordar el tiempo que había pasado pero sabemos que estuvieron tramitando los permisos durante once años y que ella decidió después averiguar por qué a su vecino se le permitía trabajar. El Sr Remigio (marido de la anterior) declaró que se animó a invertir en Erandio cuando supo que Recuperaciones Esma se instalaba allí, teniendo que pagar mucho dinero en abogados para que al final no le dieran los permisos solicitados. El Sr Segismundo, hijo de los anteriores, ratificó su testimonio y declaró que estuvo en una reunión en el año 2001 con el Ayuntamiento y que todos conocían que la empresa ejercía su actividad. Pues bien, dicha Sra. Apolonia el 8/11/2010 había solicitado copia del expediente relativo a las citadas licencias (fol. 32) en el que ya advertía que se tenía sospechas fundadas de que la empresa carecía de licencias, y que el interés de la actora era " comprobar la legalidad de la actividad y de la construcción ". Como consecuencia, el Concejal de urbanismo Sr Baltasar decidió solicitar un informe a la Policía Local que en Enero de 2011 hace constar que el pabellón está construido y que la empresa carece de licencia alguna. No se ejerció la actividad inspectora después. Posteriormente el 20/06/2011 presenta nueva solicitud instando al Ayuntamiento a que ejerza la actividad inspectora. La solicitud de la Sra. Apolonia instando al Ayuntamiento a ejercer su facultad de inspección, no es cualquier solicitud. Tiene 14 hojas, está perfectamente fundamentada (no en vano había recabado copia del expediente antes) y acaba por solicitar que se compruebe la existencia de licencias, se adopten medidas cautelares de suspensión para el caso de que no las tenga y por último se restaure la legalidad urbanística. (fol.56) esta denuncia no recibió respuesta alguna y en consecuencia, tampoco se ejerció la actividad inspectora después de la solicitud de la querellante. La querellante, entonces, debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, en solicitud de que se atienda su petición ante la falta de actuación del Ayuntamiento y con fecha 11 /05/2012 el Alcalde dicta decreto por el que se persona en las actuaciones (fol. 234). En dicho Decreto se dice expresamente: "Dada cuenta del recurso contencioso administrativo interpuesto por Doña Apolonia frente a la denegación presunta de la solicitud formulada el 8 de Julio de 2011 a fin de que se incoase procedimiento para verificar la legalidad de la actividad desarrollada por Recuperaciones Esa S.L.. ... Considerando que se estima procedente el personamiento del Ayuntamiento para defender los



intereses municipales ". El Ayuntamiento decide oponerse y contestar argumentando que ya ha iniciado la actividad inspectora que se solicitaba por el demandante. Para ello, desde los servicios jurídicos se elabora un decreto, que firma la concejal de urbanismo la Sra. Lourdes, ordenando el inicio de la actividad inspectora , decreto que se aporta junto a la contestación de la demanda en Noviembre de 2012. En este Decreto se acuerda iniciar procedimiento tendente a la comprobación de la actividad que realiza Recuperaciones Esma a cuyo fin " se girará visita de inspección por los servicios municipales y se emitirá informe en relación con la situación de dicha actividad y las medidas a adoptar". Y a este decreto tampoco sigue actividad administrativa alguna (salvo notificar el Decreto a la empresa Recuperaciones Esma que presenta un breve escrito), por lo que nuevamente la actuación administrativa se paraliza. La sentencia se dicta en Noviembre de 2013, después de un año y en Abril de 2014 se gira la visita de inspección por la arquitecta municipal Sra. Noemi que da lugar al decreto de denegación de la licencia que se dicta en Junio del mismo año. Para entonces, la querellante había promovido en otros tres escritos la actuación administrativa sin que se contestara a ninguno de ellos. La Sra. Noemi, reconoce que la visita de inspección se realiza después del segundo escrito de la querellante. Ni la Concejal de Urbanismo Sra. Lourdes, Ni el sr Juan Francisco, ni por derivación la Sra. Amalia, ni el responsable jurídico, supieron explicar la razón por la que se produjeron tales omisiones. Los responsables políticos descargan la responsabilidad en los técnicos " que son los que redactan los decretos "y éstos alegan falta de medios y retrasos en la tramitación de los asuntos.

Quinto.

Respecto de esta nueva situación es claro que concurren los siguientes requisitos típicos y son aplicables las consideraciones que sobre cada uno de ellos (los cuatro primeros) ya se han realizado. 1.- Se trata de conductas omisivas equivalentes a un actuar , reveladoras de la contumacia de la Administración en su decisión de no ejercer sus facultades inspectoras de la actividad desarrollada por Recuperaciones Esma. Si el Ayuntamiento debe obrar de oficio para inspeccionar una actividad industrial o unas obras que carecen de licencia, en cuanto tiene conocimiento de ello, con más razón cuando se lo pide un particular. Y aun más cuando ese particular tiene un interés directo en conocer si el Ayuntamiento hace cumplir la legalidad a todos por igual. El Ayuntamiento, en tal caso, estaba sumamente obligado a actuar. Esta obligación de actuar la potestad inspectora se produce desde el escrito que presenta la actora en Noviembre de 2010, anunciando que tiene sospechas de actividad sin licencia, puesto que el Ayuntamiento estaba al tanto de lo que ocurría. El Ayuntamiento comprueba la denuncia y no hace nada más. No era necesario que la denunciante se viera obligada a instar nuevamente al Ayuntamiento a que cumpla sus funciones. El no actuar equivalía en la práctica al otorgamiento tácito de dos licencias, como si el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística se hubiera llevado a cabo con resultado satisfactorio. Con esta nueva omisión se prolongaba la tolerancia con la actividad carente de licencia llevada a cabo durante los últimos once años.

2.- En segundo lugar son conductas realizadas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y son contrarias a derecho , algo que por lo demás no se discute. 3.-En tercer lugar esta ilegalidad o contradicción con el derecho es de tal entidad que no puede explicarse con una argumentación técnico -jurídica mínimamente razonable. Este punto tampoco reúne gran dificultad de interpretación y tampoco se ha cuestionado realmente. La prerrogativa de inspección se ejerce de oficio por la Administración. Ya hemos visto que la ley impone obligaciones expresas a los Alcaldes para actuar tan pronto tienen conocimiento de la existencia de una actividad u obra sin licencia. En el caso que se enjuicia la contradicción con

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

el derecho es grave, puesto que el Ayuntamiento no actúa, después de que es el ciudadano el que le indica que no lo ha hecho lo que debía. 4.- En cuarto lugar se ha producido un resultado materialmente injusto o un actuación contra los intereses generales. Un resultado materialmente injusto es una injusticia producida en el caso concreto. La querellante ha sufrido un trato desigual por la administración (pues mientras su vecino de solar gozó de la tolerancia de la administración para ejercer su actividad industrial a ella se le impidió iniciarla durante los mismos once años) y después se le ha perjudicado directamente en su derecho de iniciar la actividad inspectora: no contestando a su legítima petición de apertura de expediente sancionador, obligándole a acudir a la vía judicial (de forma innecesaria porque la actuación inspectora debió realizarse de oficio) y después prolongando artificialmente un procedimiento judicial con la argucia de oponerse formalmente, para después no hacer nada. Como tampoco se le contestó a su escrito solicitando información y advirtiéndole de la posible conducta delictiva después de dictada la sentencia, (fol. 77) la querellante aun hubo de presentar varios escritos antes de que, agotada, decidiese formular la querrela. Es evidente que esta conducta omisiva es injusta y ha perjudicado materialmente a esta ciudadana. 5.-La resolución ha sido dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad al margen de cualquier otra consideración. Este requisito es el auténtico meollo de la cuestión. Decidir si los encausados actuaron de forma culposa (por dejadez, desidia, falta de criterio como invocan en sus declaraciones) o, por el contrario, con conocimiento preciso y exacto de lo que hacían. El Alcalde Sr Juan Francisco explica que conoció los hechos cuando se interpuso la querrela. Que el urbanismo era nuevo para él. Que nadie le dice que la denunciante pidió información o no se le dio importancia . Que le informaron del decreto de iniciación de la actividad inspectora y que la sentencia se traslada en la junta de gobierno pero como su resultado fue estimatorio para el ayuntamiento, tampoco le da importancia. En definitiva que decidieron los técnicos. Y que él se dedicaba fundamentalmente a atender personalmente los vecinos que lo solicitaban y asistir a reuniones en representación del ayuntamiento (Consortio de aguas, Eudel, Policía). En definitiva, que la competencia estaba delegada. Las decisiones las toman los técnicos y no fue informado del asunto. La concejal de Urbanismo Sra. Lourdes explica, por su parte, que no conoce la situación concreta de la denunciante ni de la empresa, porque el concejal anterior no le informa. Que la denuncia no fue tramitada debido a problemas organizativos en el departamento de urbanismo por exceso de trabajo y falta de medios lo que corrobora la directora de urbanismo Amalia. Que tuvo conocimiento de la demanda interpuesta y se limitó a seguir el criterio del técnico (asesor jurídico Sr Jeronimo). Que después no hubo actividad inspectora, porque los técnicos no le pusieron nada a la firma. Finalmente cuando fue conocida la sentencia decidieron impulsar el procedimiento. El concejal de urbanismo Sr Baltasar, explica que no hizo nada tras conocer el informe de la Policía porque se habían convocado las Elecciones municipales y en mayo de 2011 abandonó la concejalía. Comenzando por este último, su responsabilidad penal debe descartarse ya que tan pronto tuvo conocimiento del escrito de la querellante solicitando información en Noviembre de 2010, ordenó que la policía local informara por escrito, lo que revela que su intención aparentemente era incompatible con la omisión dolosa que se le atribuye. Tras este informe, se da traslado al arquitecto municipal Sr Rogelio que evacúa un informe, fechado el 28/01/2011 que no se llegó a firmar ni incorporar al expediente en forma debida. La pronta convocatoria de elecciones elimina la posibilidad de valorar su actuación posterior ya que en menos de seis meses abandonó el cargo. En consecuencia, la sentencia respecto de este encausado debe ser absolutoria. Con relación a la encausada Sr a. Lourdes, concejal de urbanismo desde Junio de 2011, el elemento intelectual ha quedado acreditado fuera de toda duda. Aun admitiendo, en beneficio del reo, que la denuncia inicial no le fuera trasladada (lo que se aprecia como improbable por las características del escrito), lo que no cabe alegar es desconocimiento de la demanda



presentada por la Sra. Apolonia, cuando la demanda denuncia precisamente la falta de actuación de su departamento. No cabe despachar una demanda judicial con ligereza o como un mero trámite que deba ser despachado por los técnicos, como se deduce de sus declaraciones. Una demanda judicial es un asunto que debe suscitar el interés del concejal porque la decisión que debe tomarse es responsabilidad del político, no del técnico. Así que el responsable municipal debe conocerla, leerla con atención y decidir, algo que parece obvio. El asunto, por lo demás carecía de complejidad alguna. Tampoco se ofrece explicación razonable alguna que explique la inactividad posterior al dictado del Decreto ordenando el inicio de la actividad inspectora. Y ello por la simple razón de que el resultado que iba a tener el proceso judicial era conocido por la encausada. El testigo, Sr Dimas(asesor jurídico del Ayuntamiento) explicó en el acto del juicio oral que se reunió con Amalia (técnico general y directora de urbanismo) y con la concejal (Sra. Lourdes) tras recibir la demanda y les explicó " que desde el punto de vista legal no había nada que hacer, que la denunciante tenía razón. " No soy un mago "manifestó, en expresión perfectamente clarificadora. Y aconsejó dictar un decreto iniciando la actividad inspectora para incorporarlo a la contestación de la demanda. El decreto se dictó y fue firmado por la Sra. Lourdes, pero se paralizó nuevamente la actividad inspectora, dándose como toda razón "que los técnicos no le pusieron nada a la firma ". Frente a ello debe señalarse que los altos funcionarios municipales , legos en derecho, no tienen la obligación de conocer todos y cada uno de los detalles de los documentos que les pasan a la firma, pero cuando se trata de una demanda judicial, y más aún de un decreto elaborado "ad hoc" para dar respuesta a una demanda judicial, firmado por la propio concejal ,solo cabe una actuación por parte de ese mismo concejal : impartir ordenes de que se actúe , puesto que la actuación administrativa está siendo cuestionada judicialmente. No parece que sea una cuestión que deba fiarse a los técnicos o al ritmo de una burocracia conocidamente ineficaz . A una omisión de tal entidad como la denunciada por la Sra. Apolonia, no puede seguir otra omisión aún mayor. Esto es algo realmente evidente e incuestionable que a nadie, por muy lego que sea, puede pasar por alto. En el caso que enjuiciamos, sin embargo, la concejal de urbanismo, directa responsable del funcionamiento de su departamento, no dio la orden de actuar y en consecuencia no se actuó, mal se puede alegar ahora que la responsabilidad es de los técnicos porque no pasaron ningún escrito a la firma. Todo indica que la redacción del Decreto provocada por la demanda interpuesta por la Sra. Apolonia se hizo " de cara a la galería " como forma de salir al paso del control judicial, pues fue seguida de una voluntaria inactividad, justificada de forma inconsistente, en la simple manifestación de" que los técnicos no pusieron nada a la firma ". La decisión de esperar al resultado de la sentencia, o más bien a que la denunciante desista de sus intenciones, que es lo que se hizo, carecía de fundamento alguno y encubre realmente, mediante un ardid legal, una decisión de no actuar.

El caos organizativo, la desidia general, la falta de personas responsables que impulsaran los procedimientos, la falta de criterios de selección de los casos urgentes, como afirma la Sra. Amalia (responsable de que todo eso no ocurra), tampoco son motivos que justifiquen o expliquen esta inacción administrativa que duró mas de un año. Todo lo contrario, si éste era el escenario, como afirman los responsables municipales, conocida la demanda, la decisión de asegurarse efectivamente del cumplimiento del decreto de incoación de la actividad inspectora era más necesaria todavía. Por otra parte, el mismo departamento había actuado eficazmente con el escrito anterior de la Sra. Apolonia presentado en Noviembre de 2010, lo que corrobora la existencia de una decisión de no actuar. En suma, la inacción del Ayuntamiento fue consciente y tenía por finalidad, eludir el cumplimiento de una obligación, que por las circunstancias que se han señalado en el FJ anterior, era incómoda para el Ayuntamiento. En la práctica suponía imponer la voluntad de la administración sobre la particular de esta ciudadana, que se empeñaba en que se ejerciera una inspección, que el

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Ayuntamiento no estaba dispuesto a realizar. La potestad inspectora de la administración constituye una prerrogativa que debe ser utilizada al servicio de los fines públicos que inspiran la actuación administrativa. No puede ser utilizada para encubrir los errores de la administración, con la intención de que el paso del tiempo permita eludir un procedimiento al que viene obligado. Se trata de un interés espurio como puede serlo el de beneficiar a un particular o perjudicar a otro. No es necesario, en consecuencia que se acredite la connivencia con un particular. A si las (SSTS. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.2010), señalan que "La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico o eludir un procedimiento específicamente establecido para hacer frente a las circunstancias del caso.

Las potestades administrativas no se pueden moldear a conveniencia del responsable político. Su ejercicio desviado (no actuando cuando es obligatorio hacerlo), no puede ser explicado, en este caso, por las consideraciones de proporcionalidad a que nos hemos referido antes en el FJ cuarto. Las dudas razonables que podían existir en relación con este expediente fueron despejadas por el asesor jurídico Sr Dimas quien claramente le manifestó a la Sra. Concejala que la denunciante tenía razón, que desde el punto de vista legal no había nada que hacer, en suma que era ilegal no actuar. Todo lo que ocurre después no es más que una burla o desprecio hacia la pretensión de la denunciante, pues la encausada conocía perfectamente su obligación de actuar. Ni siquiera la sentencia, con su clara intimación a actuar fue suficiente advertencia para esta responsable municipal. La sentencia, según el Secretario se notificó el 14/01/2014 al Ayuntamiento, pero la denunciante hubo de presentar dos escritos más (el segundo de ellos anunciando la interposición de la querrela) antes de que se ordenara a la Arquitecta municipal realizar la inspección y proseguir el expediente incoado. Se trataba de dos sencillos trámites que se solventaron en poco más de un mes y que se debían haber acordado cuatro años antes como la concejala podía haber comprobado tras la lectura de la demanda. Hemos de señalar además, que lo que la querellante pedía era el ejercicio de la inspección, no el cierre de la industria instalada en el solar vecino. Ni se pedía, ni era una decisión ineludible a la vista de las circunstancias concurrentes, pues el propio asesor jurídico Sr Iván, manifestó en el acto de la vista que la licencia de actividad podía haberse otorgado. Y la Sra. Arquitecta informó que " era conveniente realizar un reajuste en la calcificaciones los suelos y reajuste de alineaciones mediante el instrumento de planeamiento que se considere conveniente a fin de reestructurar el entorno para dar cabida en su caso , a la actividad y a la edificación que lo sustenta, en base a las determinaciones que se deriven de la misma " De forma que la decisión del Ayuntamiento de silenciar la denuncia de la Sra. Apolonia, como se hizo, conocida la imperiosa obligación de actuar, en el seno de un procedimiento judicial, después de sucesivas denuncias y escritos desatendidos desde años antes, es mereced ora de la tutela penal ya que en otro caso se consagraría la impunidad en el ámbito municipal. En consecuencia, en relación con esta encausada, procede el dictado de una sentencia condenatoria. Con relación a la responsabilidad del Sr Juan Francisco, parte de las consideraciones anteriores son aplicables. Ha quedado acreditado que conoció la demanda, pues se reunía semanalmente con la concejal de urbanismo y con el Secretario y se le informó de la demanda (así lo reconoció) . También ha quedado acreditado que no dio la orden de actuar, conformándose con lo que los técnicos le decían. Esta actitud de " espera " , que después fue seguida de más de un año de paralización, no suscitó ningún reparo en el Sr Juan Francisco a pesar de conocer los entresijos del expediente y la dificultad de la gestión de la actividad inspectora que se había iniciado. Queda la duda de si dicha actitud se debe a la desidia en el cumplimiento de sus obligaciones, al no



www.civil-mercantil.com

querer saber (dolo eventual tampoco sancionable en esta vía), o al voluntario y decidido no actuar (único supuesto punible), razón por la cual en este caso, no tratándose del directo responsable, sino conociendo el expediente por mediación de la concejala delegada, y en beneficio del reo, procede el dictado de un sentencia absolutoria.

Sexto.

Daremos contestación sucinta al resto de argumentos invocados por la defensa cuya desestimación se deduce de lo ya analizado. Con relación al principio de intervención mínima , que también se invoca, citaremos la sentencia STS 941 / 2009 que al respecto recuerda lo siguiente: .."Ahora bien no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales de orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad , constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretende proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala, al declarar que" el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendo debe constituir la última ratio sancionadora. En el presente caso, es evidente que la sanción penal ha devenido imprescindible pues la querellante ante la inacción municipal hubo de dirigirse a la jurisdicción contencioso - administrativa y comprobar cómo la administración se oponía a la demanda mediante el dictado de un decreto al que después la propia Administración decidió no dar cumplimiento, lo que puede calificarse, después de once años de inactividad inspectora, de ataque grave a la legalidad necesitado, por ello, de protección penal.

Séptimo.

Los hechos son constitutivos de un delito de prevaricación previsto y penado en el A° 404 del CP. De los hechos es autora la encausada Doña Lourdes. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Por los hechos procede imponer la pena de 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, pena mínima que excusa de justificación.

Octavo.

En concepto de responsabilidad civil, la Acusación particular solicita se condene a pagar el importe de tres facturas, correspondientes a servicios prestados por abogados urbanistas a la querellante para reponer la legalidad en lo que concierne a la actividad de Recuperaciones Esma. En concreto la primera factura (fol. 1291) por importe de 5936,17 euros y la segunda por importe de 6274,90 tienen por objeto "asesoramiento en relación a



www.civil-mercantil.com

reparcelación ". Como señalan las defensas este concepto no guarda relación con la actividad denunciada pues es un gasto que no se deriva de la ausencia de actividad inspectora, razón por la que se rechazarán. En cuanto a la última factura (fol. 1293) por importe de 8470 euros y objeto: " Recurso contencioso administrativo denuncia recuperaciones Esma" y periodo de actuación (15 de enero de 2012 a 19 / 03/2014), se va admitir como gasto que tiene relación directa con la actividad denunciada. En efecto, la denunciante debió contratar los servicios de un letrado para, por un lado, interponer un recurso contencioso- administrativo contra la denegación presunta de la facultad inspectora de la Administración, cuando debía ejercerse de oficio y para en segundo lugar, una vez dictada la sentencia presentar hasta tres escritos, para que la administración comenzara a actuar. Estos gastos de la querellante son consecuencia de una omisión deliberada de la Administración que debe ser resarcida.

Noveno.

Al ser la sentencia condenatoria, las costas se impone a la responsable criminal que ha sido condenada en la proporción de 1/3, de conformidad con lo previsto en el Aº 123 del CP.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación del Código Penal y de la legislación orgánica y procesal,

FALLO

QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO A DOÑA Lourdes como autora de un delito de PREVARICACION ADMINISTRATIVA a la pena de 7 años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público, con imposición de las costas causadas en 1/3. QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO A Baltasar Y A Juan Francisco del delito de que se les acusaba, con declaración de oficio de las costas causadas. La encausada deberá indemnizar a la Sra. Apolonia en la cantidad de 8470 euros.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 790 de la LECr).

El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de DIEZ DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación.

Así por esta sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. En el día de la fecha me es entregada, firmada por S Sª, la anterior sentencia, ordenando yo, como LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, su notificación, depósito, registro y archivo, procediendo a su publicación en forma legal, con extensión de certificación de la misma para su documentación y unión a autos. Doy fe en Bilbao a siete de julio de dos mil diecisiete.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.