

**AL JUZGADO**  
**DP 34-12 Roquetas 1.**

El Fiscal, evacuando traslado conferido, **no se opone a la petición de sobreseimiento (provisional, 641.1º LECrim)** realizada por los imputados en el presente procedimiento. Los antecedentes de hecho y procesales, así como los razonamientos jurídicos que llevan a dicha conclusión, son los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

- El 2 de marzo de 2006, el Ayuntamiento de Roquetas de Mar aprueba la modificación puntual de la parcela 11 (UE-109, Plan Especial de Reforma Interior), promovido por Hortigrícola SL. Se pasa de un uso terciario (comercial, servicios a la ciudad, etc) a un uso residencial (10 viviendas).
- Las licencias las concede la Junta de Gobierno Local el 14 de mayo de 2007.
- Ese expediente de modificación puntual, contaba con informe negativo de la Delegación Provincial Consejería de Obras Públicas de fecha 8 de febrero de 2006. La propia Junta interpuso recurso contencioso-administrativo el 16 de mayo de 2006, siendo conocedor como parte el Ayuntamiento de Roquetas.
- El TSJ de Andalucía, como medida cautelar, acordó la suspensión del acuerdo el 10 de mayo de 2007 (4 días antes de concederse las licencias).
- Sin embargo, formalmente, la notificación al Ayuntamiento se produce un día después de concederse las licencias (el 15 de mayo de 2007, así lo certifica el propio Ayuntamiento -folio 42, tomo I de la causa- aunque en el acuse de recibo aparece la fecha del 16-5-2007, folio 62 tomo I).
- Finalmente, la Sentencia del TSJ de lo Contencioso Administrativo anula el 7 de noviembre de 2011 esa modificación del PERI, a cuyo amparo se había concedido licencia para 10 viviendas en la mencionada parcela.
- Con independencia de la notificación y de si conocían o no los imputados por otras vías la suspensión cautelar del TSJ, los Inspectores de Urbanismo de la Junta y conforme a la legalidad urbanística vigente (folios 72 y ss, tomo I) dicen que no se podían conceder licencias conforme al artículo 27.2 L.O.U.A porque había una modificación del uso (de terciario a residencial) y en esos casos se suspende la posibilidad de otorgar licencias en las áreas afectadas.
- El Ayuntamiento de Roquetas discrepa y dice que sí que se podían conceder licencias en esa parcela en concreto porque no estaba afectada por la suspensión.
- Fortaleciendo su posición, las defensas han pedido un informe al Colegio de Arquitectos y éste le apoya, diciendo que es la Junta de Andalucía la que se está equivocando. En idéntico sentido se pronuncia D. Juan Francisco Pérez Gálvez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Almería y Lorenzo Mellado Ruíz, Profesor de Derecho Administrativo de la misma Universidad.
- Para legalizar esas 10 viviendas, el Ayuntamiento ha hecho la innovación 2/2010 del PGOU. Esta modificación puntual sí que contó con el informe favorable de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía.

### VALORACIÓN DECLARACIONES IMPUTADOS

En primer lugar, en relación con las desafortunadas apreciaciones que hemos leído en algunos escritos de las defensas, queremos aclarar que dichas declaraciones no han ido encaminadas a manchar la imagen pública de nadie, siendo su fundamento la garantía fundamental de defensa recogida en nuestra Carta Magna cuando hay indicios de que se ha podido cometer una infracción penal, aunque después de la instrucción éstos se desvanezcan o sean insuficientes para formular acusación.

Al menos por el Ministerio Público no se ha buscado "pena de banquillo", sino darles la oportunidad a estos ciudadanos -declarando como imputados, como exige el artículo 118 LECrim- de que alegasen en su descargo sobre lo ocurrido en búsqueda de la verdad material.

Dicho esto, pasamos a valorar:

- La nota común en todas las declaraciones de los imputados ha sido negar que tuviesen conocimiento del informe de la Junta de Andalucía contrario a la modificación del PERI.
- Todos los integrantes de la Comisión de Gobierno que aprobaron el proyecto, alegaron ser una suerte de "analfabetos en materia urbanística" amparándose en que sus campos profesionales (médico, agricultor, etc) están muy alejados de los tecnicismos propios de la calificación y clasificación del suelo en las ciudades.
- Manifiestan que en la Comisión de Urbanismo nada se dijo de la impugnación ante los tribunales de la modificación del PERI, y en la Comisión de Gobierno se aprobó al llegar con todos los informes favorables.
- Es nuestra impresión que dicha legítima estrategia de defensa no resulta creíble. Basta con escuchar a los imputados hablar sobre urbanismo y ver los años que llevan al frente de la Corporación Local -muy activa en esta materia- para concluir que saben perfectamente lo que hacen y el alcance de sus decisiones administrativas.
- También es llamativo y poco creíble que en el Ayuntamiento de Roquetas de Mar, quienes tienen que tomar las decisiones sobre la concesión de estas licencias no conociesen el informe negativo y la impugnación ante los tribunales por parte de la Junta de Andalucía. Parece razonable hacer constar en los expedientes dicha incidencia y si no se hace cuesta creer que sea algo accidental.
- Como creemos firmemente que sí conocían esta situación puesto que los distintos departamentos del Ayuntamiento no son compartimentos estancos y por razones elementales de buen funcionamiento deben comunicar a otras secciones toda la información que les puedan afectar en sus decisiones, hubiera sido lo más prudente no conceder las licencias si sabían que se había impugnado el acuerdo de modificación y el TSJ iba a resolver en breve las medidas cautelares.
- Tampoco nos resultó convincente el ampararse -como lo hicieron varios de los imputados- en lo resuelto favorablemente por la Comisión de Urbanismo y en la máxima de que los expedientes que llegan a la Comisión de Gobierno no se revisan, aprobándose sin más los proyectos. Resultaría mucho más tranquilizador como ciudadano saber que nuestros gobernantes no conceden licencias "a ciegas" y que revisan la documentación antes de votar, por mucho que se concedan más de 300 licencias en un día y se presuma públicamente de la celeridad en su otorgamiento.
- Igualmente, algunos de los imputados pasan al ataque contra los informes de los técnicos de la Junta de Andalucía olvidando lo que de forma definitiva ha resuelto - no lo olvidemos, dándoles la razón- el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (que anula esa modificación del PERI).

- Dicha resolución acoge los razonamientos de la Junta de Andalucía anulando el acto administrativo por insuficiente dotación de plazas de aparcamiento e insuficiente cesión de suelo de uso dotacional público (artículo 17 LOUA), así como por el incumplimiento de parámetros por el cambio de uso que afecta al bienestar de la población (artículo 36.2 LOUA). Es un hecho indiscutible, por lo tanto, que la actividad urbanística del Ayuntamiento de Roquetas de Mar fue ilegal.
- Por otra parte no existe ningún tipo de contradicción en la actuación del órgano autonómico. La modificación del PERI es impugnada porque la dotación ofrecida para compensar el cambio de uso de terciario a residencial era insuficiente y dicha deficiencia, al menos sobre el papel, ya ha sido subsanada. Es unos años después cuando el Ayuntamiento de Roquetas, reconociendo su error y lo dispuesto en la resolución judicial, rectifica la deficiencia y aumenta esa dotación hasta las proporciones reconocidas en la ley del Suelo. Por eso ahora la licencia de primera ocupación se informa favorablemente por la Junta de Andalucía y no se opone a una actuación urbanística que inicialmente era ilegal.
- Finalmente, los imputados también se amparan en los informes periciales por ellos recabados que les dan la razón en cuanto a si estaba afectada por la suspensión el área concreta en cuanto a la concesión de licencias. Estos informes serán objeto de valoración en el apartado siguiente.

### INFORMES PERICIALES.

- Es evidente que hay disparidad de criterios en cuanto a si se podían conceder licencias conforme al artículo 27.2 LOUA porque había una modificación del uso (de terciario a residencial) y en esos casos se suspende la posibilidad de otorgar licencias en las parcelas afectadas. Precisamente se discute eso, si el área afectada (donde se conceden las 10 licencias) estaba protegida por la suspensión.
- Entienden los técnicos de la Junta que sí regía la suspensión y considera el Ayuntamiento que ese área en concreto no estaba afectada, aportando tres informes que siguen su misma línea argumental (uno del colegio de Arquitectos de Almería y otros dos de sendos profesores de Derecho Administrativo de la Universidad de Almería).
- Hay por lo tanto distintas interpretaciones de la disposición QUINTA relativa a la aprobación del PGOU de Roquetas de Mar, que acuerda suspender por plazo de un año las licencias de parcelación, demolición y edificación en el término municipal de Roquetas de Mar en aquellas áreas cuyas nuevas determinaciones del Plan impliquen modificación del régimen urbanístico vigente.
- Después de estudiar lo informado por los peritos, nos convence más el dictamen de los técnicos de la Junta de Andalucía (que además son funcionarios de carrera con un deber de objetividad e imparcialidad en su actuación del que en absoluto dudamos).
- Llama y mucho la atención el informe del Colegio de Arquitectos de Almería. Es inaudito y está absolutamente fuera de lugar que un Colegio Profesional de una Ingeniería pueda entrar a valorar cuestiones exclusivamente jurídico-penales, ajenas al objeto de su pericia, como es el caso de si los autorizantes de la licencia tenían o no conocimiento de la medida cautelar del TSJ de Andalucía. Más allá de las notificaciones formales, el conocimiento puede ser demostrado de muchas otras formas con medios admisibles en Derecho y es algo que deben evaluar exclusivamente los profesionales del Derecho. Por lo tanto, estas valoraciones exceden claramente de sus competencias y, colateralmente, ensombrecen las consideraciones estrictamente técnicas, aunque no dudamos de que han tratado de ser imparciales.

- Entrando en el apartado exclusivamente técnico, según el informe del Colegio de Arquitectos de Almería (y en la misma línea de los profesores de la Universidad de Almería), es aplicable el apartado a) "*Parcelas calificadas por el vigente PGOU como suelo urbano no incluido en Unidad de Ejecución, en tanto su régimen urbanístico entre en contradicción con el previsto en el nuevo Plan General de Ordenación Urbanística*".
- Siguiendo exclusivamente este apartado, la parcela afectada no estaría dentro del ámbito de la suspensión para conceder licencias.
- El error, a nuestro modesto entender y siguiendo los razonamientos de la Inspectora de Urbanismo de la Junta de Andalucía, está en que hay que seguir leyendo la disposición hasta el final para una correcta interpretación de la misma.
- Y siguiendo con la lectura de la disposición QUINTA (BOPA nº163, de 25 de agosto de 2006 y BOJA nº167 de 29 de agosto de 2006), nos encontramos el apartado d) relativo a las áreas afectadas por la suspensión y donde especifica como tales las relativas a "suelo urbano en todas sus categorías: Planos de Ordenación Estructural Delimitación de Suelo, Números...3.6". Precisamente el relativo a la parcela donde se concedieron indebidamente las licencias.
- Por lo tanto, de la lectura completa se deduce que el área donde se concedieron las licencias sí estaba afectada por la suspensión. Ya solo queda analizar si la ilegalidad urbanística tiene o no alcance penal.

### **SOBRE EL DELITO DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA DEL 320 CP**

Sobre la base de lo expuesto anteriormente y una vez finalizada la instrucción de la causa, hay que valorar si con las diligencias practicadas procede dar un paso más con el escrito de acusación o si, por el contrario, procede el sobreseimiento del 641.1º LECrim. Como ya adelantamos en el encabezamiento, optamos por lo segundo atendiendo a la falta de indicios incriminatorios suficientes.

En nuestros razonamientos analizaremos por separado:

- a) el conocimiento por parte de los imputados, en el momento de informar o resolver, del auto del Tribunal Superior que acordaba la medida cautelar
- b) si los informes y concesión de las licencias encajan en la interpretación jurisprudencial sobre la prevaricación.

A) Si atendemos a criterios estrictamente formales, la notificación al Ayuntamiento de Roquetas de Mar del auto de medidas cautelares del TSJ se produce el día 16 de mayo de 2007 aunque se certifica y reconoce por la propia Corporación que fue el día 15 de mayo, es decir, justo un día después de la concesión de las licencias por la Junta de Gobierno Local el 14 de mayo. Como no puede presumirse ni se ha demostrado que tuvieron conocimiento los imputados antes de ser notificada a la representación del Consistorio, hay que concluir a efectos penales que fue en fecha posterior.

Ese es el dato clave. Más allá de la notificación no hay otras pruebas sobre si conocían o no los imputados por otras vías la suspensión cautelar del TSJ y se dieron prisa en conceder las licencias antes de tener constancia formal y documentada de ello.

Afirmar lo contrario, a la vista de lo instruido, no puede pasar de la categoría de mera sospecha o elucubración sin soporte probatorio.

B) Interpretación jurisprudencial de la prevaricación. Falta de requisitos.

De sobras es conocida por las partes y, especialmente, por la titular del Juzgado a la que me dirijo la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales sobre el delito de prevaricación (tanto el genérico del 404 CP como el especial para urbanismo del artículo 320 CP).

Hay que dejar un espacio al Derecho Administrativo y a la jurisdicción especial que conoce de las impugnaciones derivadas de aquél, restringiendo el Derecho Penal - en virtud de su carácter fragmentario o subsidiario y del principio de intervención mínima- solo a aquellos supuestos en que la actuación enjuiciada se aparte "a sabiendas" de la ley de forma evidente y grosera.

Veámos lo que dice la *Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 9-4-2014, nº 119/2014, rec. 517/2013*:

"Sobre el delito del art. 320 del Código Penal EDL 1995/16398 debemos de señalar lo siguiente: La doctrina jurisprudencial (por todas, la STS de 28.03.06 EDJ 2006/337351 y 28.05.2009 EDJ 2009/112096 ) establece que el delito de prevaricación urbanística previsto en el artículo 320.2 (resolver o votar a sabiendas de su injusticia la concesión de una licencia contraria a las normas urbanísticas vigentes) es una especialidad del delito más genérico de prevaricación previsto y penado en el art. 404, 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 ser utilizado de forma arbitraria. Con este delito no se pretende controlar la legalidad de los actos de los órganos de la Administración Pública, pues ello corresponde a los Juzgados Tribunales del orden contencioso, sino declarar cuándo procede ejercer el "ius puniendi" del Estado contra la persona, autoridad o funcionario que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad, realizando el hecho penalmente típico del que es elemento característico, el que la resolución administrativa cuestionada sea arbitraria, bien porque se haya dictado por un órgano incompetente, bien por haberse omitido trámites esenciales del procedimiento o porque de forma patente y clamorosa se haya desbordado con ella la legalidad, existiendo una patente contradicción con el ordenamiento jurídico y con un desprecio a los intereses generales. Sólo ante las infracciones más graves intervendrá el derecho Penal en la esfera administrativa, conforme al principio de intervención mínima.

En el mismo sentido, dice la sentencia de la *Audiencia Provincial de Baleares de 9 de diciembre de 2003, Secc. 2ª*:

"No basta con que se haya producido una ilegalidad administrativa, incluso aunque esa ilegalidad sea tan grave como la que se ha producido en el supuesto que nos ocupa y que ha determinado que la jurisdicción contenciosa haya concluido la nulidad de pleno derecho de licencia de obras que fue concedida por los acusados en Comisión de Gobierno. Para que su acción pueda ser calificada como delictiva, como prevaricadora, hubiera sido preciso que quedara acreditado en este procedimiento que la concesión de la licencia, además de ilegal, fue injusta y arbitraria, esto es, que el acuerdo de concesión de la licencia fue adoptado utilizando arbitrariamente el ejercicio del poder público -como proscribire el artículo 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879 - a sabiendas de la injusticia de su resolución, con el pleno conocimiento de estar actuando antijurídicamente e imponiendo así los acusados su voluntad particular por encima de los intereses generales y todo ello no ha quedado evidenciado con la prueba practicada en el acto del juicio oral...En definitiva, creemos que de todo lo anterior, cabe concluir que D. Romeo y Dª Claudia no actuaron con arbitrariedad alguna a la hora de conceder la licencia de obras en el expediente NUM000, que no la otorgaron "a sabiendas" de su ilegalidad pues contaron con informes técnicos y jurídicos favorables al respecto, existiendo en realidad un problema de interpretación normativa respecto de la LEN que quedó definitivamente zanjado tras el dictado por la Sala de lo Contencioso de este TSJIB..., por lo que creemos que su actuación quedó reducida a una mera ilegalidad que ya ha sido depurada en la vía correspondiente".

En la misma línea interpretativa la *SAP Málaga Secc 9º 29-4-2013* declara que :

"Tras el análisis de las actuaciones remitidas se observa que el concepto de "a sabiendas de su injusticia del art. 320.2 del CP. EDL 1995/16398 implica que lo relevante a efectos penales y en relación a la resolución dictada no es la mera ilegalidad administrativa, y no es todo acto contrario a ley, que es revisable en la correspondiente jurisdicción, lo punible sino que se requiere un plus, una especial desvaloración de la actuación oficial, y es ese más el que integra la vía penal, el que sobrepasa el principio de intervención mínima de esta rama jurídica (superador el mínimo del mínimo ético, y ello es el conocimiento cierto, cabal y consciente de la injusticia e ilegalidad del acto, o la omisión total y grave del cauce o procedimiento para el acuerdo (patente y grosero, según la jurisprudencia). Puesto ello en relación con los tres expedientes referidos al 1º apelante, que son objeto de la alzada, por los cuales se le condenó en la instancia, se observa como característica común a todos ellos, la existencia de informe-técnico y jurídico favorable, sin que se exponga al resolvente (político no técnico en derecho ni Urbanismo) causa o motivo alguno de ilegalidad o insuficiencia. Por otro lado, y dada la prueba practicada, se observa que no existe, entre este acusado y la otra acusada, (condenada también por uno de los expedientes que analizaremos, y apelante en la causa) concierto o conexión de voluntades previas y dirigido al específico y concreto resultado de aprobación indebida de licencias urbanísticas..".

Finalmente citaremos la sentencia de la AP. de Cantabria de 29-3-2012, Secc 3ª EDJ 2012/61039 que matiza que:

"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 del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última «ratio».. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a 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 pretenden proteger. De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito.....No basta, pues, con la contradicción con el derecho..... 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 o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor 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. 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...".

Nos parece evidente que no se dan los presupuestos para el delito de prevaricación, en primer lugar porque la concesión de licencias cuenta con los informes favorables de los técnicos del propio Ayuntamiento. Aunque es perfectamente posible que exista delito con informes favorables (de hecho la propia jurisprudencia de nuestra Audiencia Provincial tiene innumerables ejemplos de ellos), es mucho más evidente la infracción criminal cuando se aprueban proyectos urbanísticos en contra de las advertencias de los responsables técnicos y jurídicos de tu propio órgano local.

En segundo lugar, aunque el Ministerio Público no comparte la posición de dicha Corporación Local ni el criterio de las periciales aportadas por los imputados y considera mejor fundamentado el de los técnicos de la Junta de Andalucía, no es una cuestión de absoluta claridad y hay un más que razonable debate jurídico-técnico sobre la legalidad de lo actuado.

Sobre esa base urbanístico-administrativa "discutible" en el sentido de que admite varios razonamientos y discursos perfectamente defendibles sin sonrojo ante un tribunal del orden contencioso, difícilmente se puede construir una acusación o una condena por delito de prevaricación.

Por todo lo expuesto, consideramos procedente que se dicte auto de sobreseimiento provisional al no haber quedado acreditados los hechos delictivos por los que se ha instruido el presente procedimiento.

Almería, a 18 de marzo de 2015.

El Fiscal

David Calvo López.

