



## XDO. DO PENAL N.2 LUGO



### Juicio Oral nº 252/2017

### SENTENCIA Nº 52/2019

En Lugo, a 8 de febrero de 2.019.

Vistos por D. Alfonso Jiménez Marín, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 2 de Lugo, los Autos de Procedimiento Abreviado nº 252/17, procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Mondoñedo con el nº 2/10, por delitos de prevaricación urbanística, seguido contra José Alfonso Fuente Parga, nacido en Barreiros el día 10 de junio de 1.971, José Manuel Gómez Punte, nacido en Cospeito el día 21 de marzo de 1.967, Eulogio Menéndez López, nacido en Barreiros el día 25 de abril de 1.936, M<sup>a</sup>. Alina Rodríguez Díaz, nacida en Barreiros el día 6 de febrero de 1.973, Lorenzo Penabad Bolaño, nacido en Barreiros el día 11 de enero de 1.951, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Rodríguez Brage y defendidos por el Letrado Sr. Rego Valcarce, contra Marta Geada Arca, nacida en O Valadouro el 27 de junio de 1.974, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Fernández Expósito y defendida por la Letrada Sra. Parejo Sousa, y contra José Rojo Blanco, nacido en Mugaros, el día 23 de noviembre de 1.973, representado por el Procurador Sr. Díaz Lamparte y defendido por el Letrado Sr. Campo Moscoso, figurando como acusación particular la Asociación para a Defensa Ecolóxica de Galicia ADEGA, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Tella Costa y defendida por la Letrada Sra. Calvo Ríos, siendo parte el Ministerio Fiscal como acusación pública, y los siguientes,

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Celebrado el Juicio los días 5, 7, 8 y 14 de noviembre pasados, se celebró a presencia de los acusados y se practicaron las pruebas propuestas que fueron admitidas, con el resultado que obra en autos.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de: un delito continuado de prevaricación urbanística previsto y penado en los artículos 320.2, 404 y 74 del Código Penal, estimando responsables en concepto de autores a los acusados José Alfonso Fuente Parga, José Manuel Gómez Punte, Eulogio Menéndez López y M<sup>a</sup>. Alina Rodríguez Díaz, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y pidió que se les impusiera a cada uno de ellos la pena de dos años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y diez años de inhabilitación especial para empleo o cargo público en cualquier administración local, autonómica o estatal;

De un delito continuado de prevaricación urbanística previsto y penado en los artículos 320.1, 404 y 74 del Código Penal, estimando responsable en concepto de autora a la acusada Marta Geada Arca, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y pidió que se le impusiera la pena de dos años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y diez años de inhabilitación especial como arquitecto para elaborar informes técnicos en cualquier administración local, autonómica o estatal y;

De un delito de prevaricación urbanística previsto y penado en los artículos 320.2 y 404 del Código Penal, estimando responsables en concepto de autores a los acusados Lorenzo Penabad Bolaño y José Rojo Blanco, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y pidió que se les impusiera a cada uno de ellos la pena de seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público en cualquier administración local, autonómica o estatal, costas y en concepto de responsabilidad civil se declare la nulidad de todas las licencias concedidas de modo ilícito, según el art. 62.1 f) de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**TERCERO.-** La acusación particular, en las suyas, calificó los hechos como constitutivos de 45 delitos de prevaricación en concurso con 45 delitos contra la ordenación del territorio y/o el urbanismo, previstos y penados en los artículos 320.1 y 2, 404 y 77.1º del Código Penal, estimando responsables en concepto de autores de todos ellos a los acusados José Alfonso Fuente Parga, José Manuel Gómez Puente y Marta Geada Arca, de 44 delitos a los acusados Eulogio Méndez López y M<sup>a</sup>. Alina Rodríguez Díaz y de un delito a los acusados Lorenzo Penabad Bolaño y José Rojo Blanco, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y pidió que se les impusiera a cada uno de ellos y por cada uno de los delitos imputados, la pena de dos años de prisión, con inhabilitación especial para empleo o cargo público durante diez años, con el límite que establece el art. 76 del Código Penal y multa de veinticuatro meses a los cinco primeros acusados y de doce meses a los dos últimos, costas y en concepto de responsabilidad civil se declare la nulidad de todas las licencias concedidas de modo ilícito.

**CUARTO.-** Por su parte las defensas de los acusados solicitaron su libre absolución y subsidiariamente se aplique la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal, como muy cualificada.

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.-** En el año 2.006, en el término municipal de Barreiros, en la Provincia de Lugo, la ordenación urbanística estaba regulada por las Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico del Concello de Barreiros, aprobadas el 28 de octubre de 1.994.

Esta regulación clasificaba aproximadamente un tercio del suelo municipal, que comprendía los terrenos adyacentes a la carretera N-634, que lo atraviesa en paralelo a la costa y a los caminos rurales existentes hacia el interior de la



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZIA

misma, como suelo urbano, dentro de la ordenanza de suelo urbano, espacio abierto extensivo ( SU/ESAE ).

Al no haberse adaptado el planeamiento del municipio a la Ley 1/1997 del Suelo de Galicia y al no haberse ejecutado ese planeamiento, los terrenos clasificados como suelo urbano en las citadas Normas Subsidiarias quedaron sujetos a partir del 1 de enero de 2.006, al régimen jurídico establecido para el suelo urbano consolidado o no consolidado, en la Ley autonómica de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia 9 /2002.

**SEGUNDO.-** En sesión de 23 de enero de 2.006 por la Junta de Gobierno Local del Concello de Barreiros, compuesta por los miembros de la misma y aquí acusados José Alfonso Fuente Parga, en su condición de alcalde y José Manuel Gómez Puente, Eulogio Méndez López y M<sup>a</sup>. Alina Rodríguez Díaz, en la de concejales, se concedió licencia a la empresa Promociones Nordes S. L. ( nº 1 ), para la construcción de cuatro edificios de uso residencial para un total de 173 viviendas en la parcela sita en el lugar de Pumarín en San Miguel de Reinante, el cual fue informado favorablemente por la acusada Marta Geada Arca en su calidad de arquitecto municipal del Concello de Barreiros, emitiendo informe el 21 de diciembre de 2.005.

En diversas sesiones de dicha Junta de Gobierno Local formada por los acusados citados, entre febrero y noviembre de 2.006, se concedieron licencias urbanísticas para la construcción de edificaciones de uso residencial a las promociones siguientes:

En la de 2 de febrero, a Costa Barreiros Molimar S.L. ( nº 2 ), para 51 viviendas en Viladaide- San Cosme de Barreiros.

En la de 9 de marzo: A Promociones A Mariña 2000 S. L. ( nº 3 ), para 48 viviendas en Campos-San Miguel de Reinante;

Y a Carril Flores S. L. ( nº 4 ), para 44 viviendas en Viladaide-San Cosme de Barreiros.

En la de 14 de abril, a Teodoro Moreda S. L. ( nº 5 ), para 48 viviendas en la carretera de la playa de Pasada en San Miguel de Reinante.

En la de 4 de julio, a Cao Costa S. L. ( nº 6 ), para dos bloques de 86 viviendas en Santiago de Reinante.

En las de 4 de julio y 27 de septiembre, a Promoelja S. L. ( nº 7 ), para 71 viviendas en San Miguel de Reinante.

En la de 4 de julio: A Gescón Actuación S. L. ( nº 8 ), para 33 viviendas en el Camino Real en Santiago de Reinante;

A Teodoro Moreda S. L. ( nº 9 ) para dos bloques de 76 viviendas en San Miguel de Reinante;

Y a Coprori S. L. ( nº 10 ) de 30 viviendas en Camino Real de San Miguel de Reinante.

En la de 2 de agosto: a Promociones Silvino S. L. ( nº 11 ), para 47 viviendas en Santiago de Reinante;

A Plaza Garden S. L. ( nº 12 ) para 67 viviendas en Camiño Real de San Miguel de Reinante;

A Inversiones Porlomar S. L. ( nº 13 ) de 73 viviendas con similar ubicación;

A Jardín Lugo S. L. ( nº 14 ), para 160 viviendas en diez bloques en San Cosme de Barreiros;

A Promoelja S. L. ( nº 15 ), para 19 viviendas en Camiño Real de Santiago de Reinante;

A Teodoro Moreda S. L. ( nº 16 ) para 28 viviendas en la misma ubicación;

A Herjolufer S. L. ( nº 17 ), para 27 viviendas en san Miguel de Reinante;

A Enfoscadora Gallega S. L. ( nº 18 ), para 47 viviendas en Santiago de Reinante;

A Marcelino Brindis Vázquez Días ( nº 19 ) de 64 viviendas en Camiño Real de San Miguel de Reinante;

Y a Construcciones Os Molineros S. L. ( nº 20 ) para dos bloques de 64 viviendas en Remior en San Cosme de Barreiros.

En la de 1 de septiembre, a Panamérica S. L. ( nº 21 ), para 88 viviendas en Santiago de Reinante;

A Prolusar S. L. ( nº 22 ) para 52 viviendas en el mismo término;

Y a Enfoscadora Gallega S. L. ( nº 23 y 24 ) para sendas construcciones de 68 y 36 viviendas en Santiago de Reinante.

En la de 1 y 5 de septiembre, a Teodoro Moreda S. L. ( nº 25 ), para tres edificaciones de 102, 122 y 140 viviendas, respectivamente, en Santiago de Reinante.

En la de 5 de septiembre, a Pedrouzo Costa S. L. ( nº 26 ), para seis bloques de 252 viviendas en San Pedro de Benquerencia;

Y a Promociones Villa Benquerencia S. L. ( nº 27 ), para 55 viviendas en el mismo lugar.

En la de 27 de septiembre, a Gervasio Cao Ribadeo S. L. ( nº 28 ), para 50 viviendas en Camiño Real en Santiago de Reinante;

A Construcciones José Pulpeiro Doval, Os Galopiños S. L. ( nº 29 ), para 89 viviendas en San Pedro de Benquerencia;

A Veromar Noroeste S. L. U., actualmente Promonorte Ribadeo S. L. ( nº 30 ) para 28 viviendas en Santiago de Reinante;



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

Y a Promociones Irmaos Sobral S. L. ( nº 31 ), para 36 viviendas en San Cosme de Barreiros.

En la de 13 de octubre, a GCao Ribadeo S. L. ( nº 32 ), para 64 viviendas ( Fase II ) en Camiño Real en Santiago de Reinante.

En la de 18 de octubre, a Magarlo Construcciones S. L. ( nº 33 y 34 ), para sendas edificaciones de 44 viviendas ( Fase I ) y 24 viviendas ( Fase II ) en Camiño Real en Santiago de Reinante;

Y a Parque Empresarial Melide S. L. ( nº 35 ), para 54 viviendas adosadas en Remior de San Cosme de Barreiros.

En la de 15 de noviembre, a Indeca S. L. ( nº 36 ), para 38 viviendas ( Fase I ) en San Miguel de Reinante;

A Winterra Inmobiliaria S. A. ( nº 37 ), para 80 viviendas en San Pedro de Benquerencia;

A Bedialler Proyectos Residenciales S. L. ( nº 38 ), para 59 viviendas en san Miguel de Reinante;

A Hofejuma S. L. ( nº 39 ) para 55 viviendas en San Cosme de Barreiros;

A Coprosal S. L. ( nº 40 ), para 25 viviendas, 19 adosadas, en bloques de 9 y 10 unidades y 6 pareadas en Remior de San Cosme de Barreiros;

Y a Construcciones y Promociones Rubén Vilela S. L. U. ( nº 41 ) para dos bloques de 38 viviendas y 5 unifamiliares adosadas en similar ubicación.

En relación a las anteriores promociones, el alcalde y los ediles acusados y anteriormente citados votaron por unanimidad favorablemente la concesión de las licencias solicitadas y que, por tanto, se otorgaron, contando para ello con informes previos de la arquitecto municipal, también citada y acusada que los emitió favorablemente, si bien, prácticamente en la totalidad de los mismos condicionaba la obtención de la licencia a cuestiones técnicas puntuales a resolver en el correspondiente proyecto de ejecución.

Igualmente en relación a las anteriores promociones y correspondientes licencias, consta que la Secretaria Municipal del Concello de Barreiros emitió informes en los correspondientes expedientes incoados, en los cuales, en alguno de ellos se emitió de forma favorable, en otros condicionaba la concesión a determinadas subsanaciones de deficiencias, con términos tales como " podrá concederse la licencia .... " o proponía la suspensión del procedimiento " en tanto no se subsanen determinadas deficiencias ... ", en alguno informaba desfavorablemente y en otras licencias se concedieron sin la emisión de informe jurídico de la referida Secretaria municipal, al indicar la misma al Órgano de Gobierno municipal que no lo había podido emitir por falta material de tiempo para el estudio del/los expedientes.

**TERCERO.-** Por Decreto 15/07, de 1 de febrero, el Consello da Xunta de Galicia suspendió las Normas Subsidiarias del Concello de Barreiros y aprobó la

ordenanza urbanística provisional hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento.

En esta nueva situación el 23 de septiembre de 2.008 el Sr. Alcalde citado y aquí acusado José Alfonso Fuente Parga, dictó diversas resoluciones por la que se concedió sendas licencias a la empresa Teodoro Moreda S. L. U. ( nº 42 y 43 ), para la construcción de tres piscinas prefabricadas en las Urbanizaciones Océano III y Océano IV, sita en la carretera de Altar, San Bartolo en San Cosme de Barreiros, ello tras acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 21 de abril de 2.008 y a Promociones Nordés S. L. ( nº 44 ) para la construcción de una pista deportiva y un área de juegos infantiles en un edificio unifamiliar sito en la carretera de San Cosme de Barreiros a la playa de Altar, parcela en que la Junta de Gobierno Local antes referida había concedido licencia para la instalación de dos piscinas en sesión de 30 de abril de 2.008, en este caso con informes favorables de la Secretaria municipal y del arquitecto municipal en funciones que sustituía a la arquitecta aquí acusada.

Tanto respecto a las piscinas correspondientes a las urbanizaciones Océano III y IV como a la pista y zona recreativas citadas existían resoluciones denegatorias previas de la Xunta de Galicia por tratarse de una intervención en suelo rústico en base a la aplicación del Decreto antes citado 15/07, de uno de febrero.

Con posterioridad por Sentencia de 5 de febrero de 2.014 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo declara nulo de pleno derecho el Decreto 15/2007, por lo que continúan vigentes las NNSS de planeamiento del Concello de Barreiros de 1.994.

**CUARTO.-** El 8 de junio de 2.006 se había presentado en el Concello de Barreiros por la empresa Construcción y Promociones J. Díaz Fernández S. L. ( nº 45 ) solicitud de licencia para la construcción de un edificio de 24 viviendas, 11 chalets adosados y 8 pareados en el lugar de San Bartolo de San Cosme de Barreiros, emitiendo la arquitecta acusada Sra. Geada Arca informe favorable con fecha 2 de noviembre de 2.006.

En dos ocasiones diferentes en los años 2.007 y 2.008 la entidad promotora citada instó al Concello para la concesión de la licencia por silencio administrativo positivo, emitiendo nuevo informe la arquitecta aludida el 27 de junio de 2.007 respecto a dicha pretensión indicando la existencia de informe previo favorable, pero que en la actual situación la licencia no podría concederse, acordando la Junta de Gobierno Local, formada en esta ocasión por los acusados José Alfonso Fuente Parga, en su condición de alcalde y José Manuel Gómez Puente, Lorenzo Penabad Bolaño y José Rojo Blanco como concejales, el 30 de diciembre de 2.009 la concesión de la referida licencia por silencio administrativo positivo, contando con el informe jurídico favorable de la entonces Secretaria municipal.

Posteriormente y comprobado error en el cómputo de las fechas se incoó expediente de revisión de oficio por el que la Junta de Gobierno Local formada por los acusados citados la anuló a instancias de la propia Secretaria municipal.

**QUINTO.-** El 20 de abril de 2.010, el Concello de Barreiros, la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia y el



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

organismo autonómico Augas de Galicia, la empresa pública de Obras y Servicios y la Diputación Provincial de Lugo, firmaron el Convenio de Colaboración para la Financiación y Ejecución de los proyectos de urbanización, abastecimiento y saneamiento en los núcleos de San Cosme, San Pedro, San Miguel de Reinante y Reinante, del Concello de Barreiros, con un presupuesto de 14.180.281,38 euros, Convenio que dio lugar a la aprobación por el Consello de la Xunta de Galicia, mediante Acuerdo de 26 de mayo de 2.011 del Plan Sectorial para la mejora y ampliación de las infraestructuras básicas de saneamiento, abastecimiento y red viaria en el municipio de Barreiros, el cual, previa impugnación, fue anulado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia nº 462/2013, de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

**SEXTO.-** Los acusados en el momento de acaecer los hechos eran mayores de edad y carecían de antecedentes penales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se imputa a los acusados en su condición de miembros de la Junta de Gobierno Local del Concello de Barreiros ( alcalde y ediles ) o como técnico municipal ( arquitecta ), una serie de hechos que las acusaciones pública y particular consideran constitutivos de infracción penal, por prevaricación urbanística que, podríamos sintetizar o desglosar en tres bloques diferenciados de actuación, el primero de ellos constituido por la concesión de 41 licencias urbanísticas a otras tantas promociones, con informe técnico favorable de la mencionada funcionaria municipal y que se correspondería a la redacción del hecho probado segundo.

El segundo bloque de actuación considerada ilícita y constitutiva de delito, se correspondería con la concesión de tres licencias para la construcción de distintas piscinas y pistas polideportivas y áreas de juegos y que se ha reflejado en el tercer relato de hechos probados, donde se imputa a los mismos acusados y por las mismas razones fácticas y jurídicas similares infracciones penales.

Finalmente se imputa al mismo Alcalde, uno de los concejales y la arquitecta antes reseñados, así como otros dos ediles de nuevo nombramiento, la concesión por silencio administrativo positivo de una licencia urbanística respecto de otra promoción de viviendas que también se considera que lo fue de forma ilícita y constitutiva de delito, que se corresponde con el cuarto relato fáctico de hechos probados.

Estas actuaciones devienen en la imputación por parte de la acusación pública de la comisión de un delito continuado de prevaricación urbanística frente a cinco de los acusados, un delito simple del mismo tenor frente a dos de ellos y en la solicitud, además del correspondiente reproche penal, con imposición de pena privativa de libertad, adicionalmente se solicita la declaración de nulidad de todas las licencias concedidas de modo ilícito, al amparo para ello de la normativa administrativa reflejada en el art. 62 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La acusación particular en representación de la Asociación para la Defensa Ecológica de Galicia ( ADEGA ), entiende que concurre la comisión de tantos delitos de prevaricación urbanística como licencias ilegales concedidas, todos ellos en concurso con otros tantos delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, interesando, en este caso, la condena de los acusados por cada uno de dichas infracciones penales, tanto a pena privativa de libertad como a pena pecuniaria, adhiriéndose en el plenario y en trámite de conclusiones definitivas, a la solicitud de declaración de nulidad de las referidas licencias urbanísticas otorgadas de forma ilegal.

**SEGUNDO.-** En definitiva, las acusaciones se formulan por la posible comisión de un delito continuado o diversos delitos individuales, según contemplemos la acusación del Ministerio Público o de la acusación particular, en este último caso en concurso con otros tantos delitos contra la ordenación del territorio, tratándose en definitiva, de la denominada prevaricación urbanística contemplada en el artículo 320.1 y 2 del Código Penal, al afectar tanto a la arquitecta municipal, como al Alcalde y Concejales del Concello de Barreiros que informó o votaron favorable y respectivamente diversos Acuerdos para la concesión de las licencias controvertidas, habiendo señalado el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 28 de marzo de 2006, que el delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP, introducido en el actual Código, no es sino una especialidad del delito más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste **protege el correcto ejercicio del poder público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aún a pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos**, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.

Efectuada esta precisión debemos insistir en que nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza, la normativa urbanística, lo que implica algunas diferencias. Así la modalidad genérica del art. 404 exige que el funcionario, además de una actuación "a sabiendas de su injusticia", produzca una resolución arbitraria. En la urbanística **el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente "a sabiendas de su injusticia"**. En ambos casos, el contenido de la acción es similar pues la arbitrariedad es una forma de injusticia de ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial, la doctrina de esta Sala sobre la genérica, recogida, entre otras en las SSTS. 331/2003 de 5.3, 1658/2003 de 4.12, 1015/2002 de 31.5, bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, aplicando en su caso, los criterios de "insignificancia" o de intervención mínima, cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, así como el principio de proporcionalidad. Un tipo penal no puede ser un mero reforzamiento de la autoridad administrativa, un contenido material de antijuricidad.

La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que al Derecho Penal le



corresponde un papel inferior respecto del Derecho Administrativo o meramente auxiliar. Ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico y desempeñando el papel que le corresponde conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el Derecho Penal para las infracciones más graves, conforme al principio de intervención mínima. En esta dirección la STS. 1658/2003 de 4.12 nos recuerda que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras). Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, que no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque **el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder** (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; **si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales** (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Pero no es suficiente la mera ilegalidad, 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 principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista 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 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. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En

este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en **la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria**, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente. Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la **patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho**. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo). Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). **Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley** (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Además, **es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución**. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», **se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Será necesario, en definitiva, 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 voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.**

Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. Por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Sin embargo, no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento. Otra

cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujete a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales. (STS nº 331/2003, de 5 de marzo).

**TERCERO.-** Los hechos anteriormente señalados y que constan en el relato fáctico de esta resolución se han declarado probados en atención a la profusa e ingente documentación aportada y unida a las actuaciones, incluidas cajas de documentación y disquetes, así como las manifestaciones vertidas en el acto del juicio por los acusados, testigos y peritos, todas ellas puestas en relación con las manifestaciones previas emitidas en instrucción.

Apreciando dichas pruebas en relación a los hechos imputados a los aquí acusados y antes referenciados y, respecto al primer bloque que anteriormente se reflejó, esto es, la emisión de informes favorables y concesión de 41 licencias ( bloque de imputación primero ), debemos resaltar que la acusación se basa en que dichas licencias se han otorgado en suelo urbano no consolidado, régimen que les sería aplicable desde el uno de enero de 2.006 al no haberse adaptado el planeamiento municipal de Barreiros a la Ley 1/97 del Suelo de Galicia y, por tanto, se le debe aplicar los límites de edificabilidad correspondientes a dicha clasificación del suelo.

Se basan para ello en que los terrenos donde se concedieron las licencias aludidas carecían de urbanización básica, constituida por viarios perimetrales y redes de servicio de abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales, red de saneamiento, y suministro de energía eléctrica que pudieran servir a las correspondientes edificaciones, toda vez que la tipología edificatoria de la zona estaba formada por edificaciones aisladas de pequeño volumen, constituidas por viviendas unifamiliares de una o dos plantas situadas a los márgenes de caminos vecinales, escasamente pavimentados e inferiores a cuatro metros de anchura, sin aceras, ni alumbrado público.

Debido a estas circunstancias se achaca a los acusados tanto la emisión de informes favorables a su concesión ( arquitecta ), como la votación en Pleno y aprobación ( alcalde y concejales ) cuando, entienden las acusaciones, existían defectos jurídicos insalvables para ello, de tal entidad que debe considerarse la actuación de los acusados como delictiva, por constar la emisión de los informes jurídicos de la Secretaria de carácter desfavorable en la mayoría de las ocasiones, donde recogía deficiencias insalvables, por carecer del preceptivo informe jurídico en otras, por la invasión de suelo rústico, por carecer de la preceptiva autorización del Ministerio de Fomento en las parcelas con salida a la carretera Nacional, por exceder el límite de edificabilidad correspondiente, por carecer las viviendas de redes de suministro y evacuación de aguas suficiente lo que da lugar a problemas de abastecimiento, especialmente en verano, por la ausencia de suministro eléctrico suficiente, comunicado por la empresa suministradora con carácter previo al propio Concello, así como por diversos problemas técnicos adicionales que, entienden, en modo alguno podrían diferirse



al trámite de ejecución de la edificación, sino que obligatoriamente implicaba la denegación de la licencia.

Sobre estas cuestiones discrepan las defensas de los acusados aludidos, entendiendo que las licencias otorgadas y correspondientes edificaciones se desarrollaban sobre suelo urbano consolidado, en tanto en cuanto, se trataba de solares y parcelas que por el grado de urbanización existente en ese momento podían adquirir dicha condición mediante obras accesorias o de escasa entidad que podían perfectamente ejecutarse simultáneamente con la propia construcción de la edificación, por lo que tampoco existe exceso de edificabilidad e igualmente niegan el déficit de servicios o suministros denunciados, así como la invasión de suelo rústico, ni la necesidad de solicitar autorización al Ministerio de Fomento pues ninguna de las parcelas tenía salida directa a la carretera nacional, señalando respecto a los informes jurídicos de la secretaria municipal que ésta les indicaba verbalmente que podían aprobar las licencias pues su informe era favorable, con algún matiz y en similares términos les comunicaba respecto a la ausencia de informe jurídico que entendían no era preceptivo.

Como antecedente de todo ello, debemos destacar que las presentes actuaciones derivan de la comunicación de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística de la Xunta de Galicia a mediados del año 2.009, donde se comunica dichas irregularidades al Ministerio Público, que derivó en la presentación de la correspondiente denuncia penal a finales de dicho año, sin que se haya explicado mínimamente la tardanza en efectuar dicha comunicación por parte del Organismo autonómico cuando de licencias del año 2.006 se trataba, con suspensión incluida de las normas de planeamiento municipal a principios de 2.007 y la propia judicialización del asunto por su parte, en ese caso a nivel contencioso-administrativo con interposición de infinidad de procedimientos de anulación de licencias, con solicitud de medidas cautelares, a posteriori, no ejecutada la única resolución judicial al parecer existente y que fallaba a su favor, con desistimiento posterior, tampoco suficientemente justificado, de la mayoría de contenciosos interpuestos y ulterior firma de un Convenio de Colaboración de varios millones de presupuesto con dinero público para santificar varias de las promociones y/o edificaciones que antes consideraba ilegales, Convenio y correspondiente Plan Sectorial de mejora de infraestructuras, anulado por el Tribunal de Xustiza de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, revés judicial que igualmente sufre la Administración autonómica respecto del Decreto de suspensión de las normas subsidiarias urbanísticas del municipio afectado, llegándose a la paradoja que, según convienen las partes en el plenario, siguen dichas NNSS vigentes a día de la fecha.

Igualmente reseñar, en respuesta a las continuas invitaciones que se efectúan por diversos Letrados de acusaciones y defensas en el trámite de informe a este Juzgador para que visite la zona conflictiva, que nos es necesario dicha premisa para resolver la presente controversia, más cuando el mismo conoce su pasado y presente al vivir en zona rural adyacente, así como tiene claro sus gustos personales y legislación europea de cómo debe desarrollarse dichas zonas en términos de desarrollo y sostenibilidad, pero lo que es evidente es que no nos debemos enfrentar ante la cuestión planteada dejándonos llevar por posibles prejuicios personales, sino para determinar si las construcciones permitidas pueden considerarse amparadas por la legislación urbanística vigente en dicho momento, la cual debe desarrollarse y especificarse con un mínimo de rigor por el legislador correspondiente y, en caso contrario, de vulnerarla, si sus

responsables habrían incurrido en una infracción penal como la estudiada por el dictado de dichas resoluciones a sabiendas de su injusticia.

**CUARTO.-** Respecto a la normativa aplicable al suelo donde radican las edificaciones litigiosas se debe hacer constar que la Ley 1/97, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, establecía en sus Disposiciones Transitorias:

“ Primera: 1. El planeamiento urbanístico vigente en la actualidad deberá adaptarse a lo dispuesto en esta Ley en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cuando se proceda a su revisión.
- b) Siempre que se proceda a la revisión de la programación de los planes generales.
- c) Cuando así lo determine el Consejero de Políticas Territorial, Obras Públicas y Vivienda, por concurrir circunstancias objetivas en el Ayuntamiento afectado que lo aconsejen.

2. En todo caso, los Ayuntamientos podrán adaptar sus planes generales o normas subsidiarias en cualquier momento.

Segunda: En tanto no se adapten los planes generales y las normas subsidiarias, actualmente vigentes, a la presente Ley, el régimen urbanístico aplicable será el que resulte de la misma, con las siguientes singularidades.

1) Al suelo urbano se le aplicará el régimen del suelo urbano establecido en la presente Ley, y el aprovechamiento urbanístico que corresponde a los propietarios será:

- a) En los terrenos situados en zonas consolidadas, el aprovechamiento real que resulte de la aplicación directa de las determinaciones del plan.
- b) En los terrenos situados en las áreas no consolidadas, a que se refiere el artículo 65.2 de esta Ley, y, por tanto, incluidos o a incluir en un polígono para ser objeto de ejecución integral, el 85 por 100 del aprovechamiento medio del polígono, que se calculará dividiendo la edificabilidad total, incluida la dotación privada, por la superficie total del polígono, excluidos los terrenos afectos a dotaciones públicas existentes “.

No existe discrepancia respecto a que el planeamiento del Concello de Barreiros no se adaptó a la regulación establecida en dicha Ley, ni que su vigencia lo fue hasta el 1 de enero de 2.003, en que entra en vigor la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia que, a su vez y a partir de dicha fecha, conforme a su Disposición Transitoria Primera, Régimen de aplicación a los municipios con planeamiento no adaptado, regula:

“ Los planes de ordenación aprobados definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley conservarán su vigencia hasta su revisión o adaptación a los preceptos de la presente ley, con arreglo a las siguientes reglas:



a) Al suelo urbano de los municipios con plan general de ordenación municipal aprobado al amparo de la Ley 1/1997, del suelo de Galicia, se aplicará lo dispuesto en la presente ley para el suelo urbano, sin perjuicio de respetar la ordenación establecida en el planeamiento en vigor.

b) Al suelo urbano de los municipios con planeamiento general no adaptado a la Ley 1/1997, del suelo de Galicia, que reúna las condiciones establecidas en el artículo 12. a) de la presente ley se aplicará lo dispuesto en la misma para el suelo urbano consolidado, sin perjuicio de respetar la ordenación establecida en el planeamiento vigente.

c) Al resto del suelo urbano y, en todo caso, al incluido en polígonos, unidades de ejecución o de actuación de los municipios con planeamiento no adaptado a la Ley 1/1997, del suelo de Galicia, se aplicará lo dispuesto por la presente ley para el suelo urbano no consolidado y podrá ejecutarse de acuerdo con la ordenación establecida por el planeamiento vigente en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2002, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. Transcurrido este plazo sin que haya sido aprobado definitivamente el instrumento de equidistribución, serán de aplicación los límites de edificabilidad establecidos por la presente ley para el suelo urbano no consolidado, siendo el ámbito de referencia para la aplicación de esta limitación el polígono o unidad de ejecución o de actuación.

En caso de que los terrenos no estén incluidos en polígonos y merezcan la condición de suelo urbano no consolidado según la presente ley, deberá procederse a la delimitación del polígono con arreglo al procedimiento establecido por el artículo 117<sup>o</sup>.

A su vez en el Capítulo de dicha Ley relativo a la clasificación del suelo, establece su art. 12 que:

“ Los planes generales diferenciarán en el suelo urbano las siguientes categorías:

a) Suelo urbano consolidado, integrado por los solares así como por las parcelas que, por su grado de urbanización efectiva y asumida por el planeamiento urbanístico, puedan adquirir la condición de solar mediante obras accesorias y de escasa entidad que pueden ejecutarse simultáneamente con las de edificación o construcción.

b) Suelo urbano no consolidado, integrado por la restante superficie de suelo urbano y, en todo caso, por los terrenos en los que sean necesarios procesos de urbanización, reforma interior, renovación urbana u obtención de dotaciones urbanísticas con distribución equitativa de beneficios y cargas, por aquéllos sobre los que el planeamiento urbanístico prevea una ordenación sustancialmente diferente de la realmente existente, así como por las áreas de reciente urbanización surgida al margen del planeamiento.”.

A su vez el art 16 de dicha Ley describe que:

“ 1. Tendrán la condición de solar las superficies de suelo urbano legalmente divididas y aptas para la edificación que, en todo caso, cuenten con acceso por vía pública pavimentada y servicios urbanos de abastecimiento de agua potable, evacuación de aguas residuales a la red de saneamiento, suministro de energía eléctrica, alumbrado público, en condiciones de caudal y potencia adecuadas para los usos permitidos. Si existiera planeamiento, además de lo anterior deberán estar urbanizadas de acuerdo con las alineaciones, rasantes y normas técnicas establecidas por éste.

2. Los terrenos incluidos en el suelo urbano no consolidado y en el suelo urbanizable sólo podrán alcanzar la condición de solar después de ejecutadas, conforme al planeamiento urbanístico, las obras de urbanización exigibles para la conexión con los sistemas generales existentes y, en su caso, para la ampliación o refuerzo de los mismos ”.

En aplicación de lo anterior la discrepancia existente entre las partes deviene en considerar la posible consolidación o no del suelo aludido, en tanto en cuanto, la Disposición Transitoria Primera b) de la Ley antes citada, remite al art. 12 como suelo consolidado, si reúne las condiciones del mismo o como no consolidado, si no las reuniera ( Disposición Transitoria c) ).

Esta es la principal discordia a resolver en el presente procedimiento y así lo reconoce la resolución de la Ilma. Audiencia Provincial de Lugo en el Auto de 27 de mayo de 2.013 ( F. 2228 y sig. ) que, revocando el sobreseimiento acordado en instrucción ( F. 2151 y sig. ), indica que “ **sobre lo que se ha de asentar el tema a dilucidar es sobre .... Si podían adquirir la condición de solar mediante obras accesorias o de escasa entidad que puedan ejecutarse simultáneamente con las de edificación o construcción** ”. En similar sentido se expresa también el Auto de 1 de julio de 2.015 de la misma Sección revocando también nuevo sobreseimiento del Juzgador instructor en las Diligencias previas acumuladas ( F. 3589 y sig. ), “ de manera indiciaria ..., ha de continuar con la tramitación de la causa ... **respecto de la arquitecta municipal por la calificación del terreno como urbano consolidado cuando parece desprenderse que no reunía esas condiciones de forma casi evidente** ... ”.

Por tanto, la principal controversia se centra en la clasificación del suelo urbano como consolidado o no consolidado, circunstancia que tiene un plus de dificultad dado que en la Ley, como señalan las defensas, especialmente la de la arquitecta, tampoco describe cuales son aquellas obras que puedan considerarse a estos efectos como de escasa entidad o accesorias y cuales excederían dicho ámbito, con la discrecionalidad o subjetividad que eso supone, lo cual es admitido por varios de los propios testigos y peritos que actuaron a instancia de la administración autonómica que reconocen la subjetividad de la cuestión, lo que puede ser complicado en el ámbito contencioso-administrativo, pero es mucho más delicado de tratar y valorar en este campo penal en que nos encontramos debido a los distintos principios que lo inspiran.

**QUINTO.-** Sobre esta cuestión existió un pronunciamiento bastante motivado por el Juzgado instructor y al que antes nos referimos, donde pormenorizaba a su juicio la falta de acreditación de la concurrencia de los requisitos exigibles para apreciar el tipo penal imputado, especialmente en base a la dispar interpretación de la cuestión por los propios técnicos informantes, el



cual, no obstante, tuvo su contestación por la superioridad en base a una serie de indicios de lo contrario y a valorar en esta etapa de enjuiciamiento que se constatan en las resoluciones antes mencionadas, cuales eran concretamente, la acreditación de si efectivamente las edificaciones correspondientes a las licencias concedidas por el Órgano municipal " podían adquirir la condición de solares mediante obras accesorias o de escasa entidad que pueden simultanearse con las de construcción o edificación o no ", la existencia de informes de la Secretaria municipal claramente desfavorables a la concesión de alguna de las licencias, la advertencia que la misma dice haber efectuado a los miembros de la Junta de Gobierno Local respecto a la concesión de este tipo de licencias, tanto a primeros de año del 2.006, como la misiva remitida por la APLU en marzo de dicho año, así como la comunicación de la empresa suministradora de energía eléctrica de la posible saturación y falta de garantías para garantizar los suministros y finalmente la propia concertación de convenios para el desarrollo de las infraestructuras en el Concello que supondría un reconocimiento implícito de la insuficiencia de servicios urbanísticos, por parte de los miembros de la Junta de Gobierno Local, en tanto en cuanto dicho Organismo fue partícipe de los mismos.

**SEXTO.-** Sentados así los términos del debate, debemos resaltar que como en cualquier procedimiento judicial al que nos enfrentemos, del tipo que sea, especialmente en el campo penal en que nos encontramos, donde debe regir y primar, como así está constitucional y jurisprudencialmente admitido, los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo y, al menos, las partes deben acreditar mínimamente las cuestiones alegadas y que sean discutidas, en tanto en cuanto susceptibles de acreditación por la parte que las invoca, siempre dentro de los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos en cada tipo penal, en este caso, recogidos en los Fundamentos jurídicos previos.

Aplicando la anterior doctrina al caso ahora enjuiciado, resulta que efectivamente existen declaraciones testificales e informes periciales, ratificadas unas y sometidos a contradicción otros en el plenario, de diversos funcionarios de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística, donde mantienen su visión de la realidad existente en el Concello de Barreiros en el año 2.006, quienes informan y/o afirman que en ningún caso las fincas donde se asentaban las edificaciones a que se refieren las licencias concedidas y aquí debatidas ( 41 licencias ), podían tener la consideración de suelo urbano y menos de suelo urbano consolidado, al no poder conseguir la condición de solares o parcelas con obras accesorias o de escasa entidad y que pudieran simultanearse con la propia construcción, por lo que se requería una urbanización completa de la zona a ejecutar y satisfacer por el propio promotor de la edificación, entendiéndose que los propios informes de la arquitecta municipal lo asumía al prever en varios casos fosas sépticas como sistema de saneamiento y preverse un proyecto de mejora de abastecimiento de agua que reconocería la insuficiencia para poder garantizar el suministro.

En este sentido se manifiestan en instrucción, por ejemplo, el Director de dicha Agencia, D. Hipólito José Ramón Pérez Novo ( F. 305 ), Mónica M<sup>a</sup>. Carballés Gómez, Subinspectora ( F. 313 ), Iria M<sup>a</sup>. Alfonsín Coello, Jefa de Servicio de Inspección ( F. 316 ) o M<sup>a</sup>. Eugenia Deus Beltrán, Arquitecta e Inspectora ( F. 323 ), no obstante, en su mayoría reconocían haber basado sus informes en fotos o informes previos de otros subinspectores, que no habían visitado la zona personalmente o lo habían hecho en fechas muy posteriores de 2.008 o 2.009 y que no habían comprobado la existencia de los posibles servicios

existentes en las parcelas, así como desconocían los datos técnicos de las redes de abastecimiento, diámetros de tuberías, etc. También lo afirman el Director General de Urbanismo D. Ramón Lueje Espina ( F. 999 ) y el Subinspector Jesús Sánchez Vázquez ( F. 1342 ), si bien éste admite que la determinación del suelo urbano consolidado o no consolidado es algo subjetivo, mientras que el Arquitecto D. Enrique Luis González Riobó ( F. 979 ), deja constancia en su informe que puede simplemente deducirse la existencia de ámbitos que merecerían la consideración de suelo urbano no consolidado e igualmente que las normas subsidiarias de planeamiento no delimitan ámbitos de suelo urbano y aunque se presume que sería no consolidado, tampoco es posible delimitar sin riesgo de error la superficie a integrar en esta categoría de suelo al no disponer de información relativa a las redes de servicio existentes, afirmando que la propia normativa existente en el municipio promueve la inseguridad jurídica, informe emitido a los efectos de la suspensión de la normativa urbanística municipal.

Frente a ello nos encontramos con las declaraciones testificales de diversos promotores ( F. 1351 y siguientes ), quienes constatan por el contrario la existencia de servicios de agua, saneamiento, luz, alcantarillado, alumbrado público, electricidad, etc. a pie de parcela y que elaboraron muchos de ellos actas notariales constatando la existencia de dichos servicios, en las que habría participado el propio fontanero municipal Sr. Gasalla Freire, habiéndose unido a las actuaciones diversas actas en este sentido que efectivamente confirmarían lo manifestado por los mismos ( F. 1428, 1443, 1511, 1531, 1578, 1984, etc. ) y asimismo se han efectuado diversas periciales que avalarían la posible consolidación del suelo donde se otorgaron las licencias controvertidas y que defienden la actuación de la arquitecta acusada, en este sentido el perito designado judicialmente en el procedimiento contencioso administrativo de impugnación de la licencia nº 1, D. Antonio José Zincke Fernández ( F. 241 ), donde describe la existencia de redes de abastecimiento, saneamiento y energía eléctrica a pie de parcela, así como niega que bajo estos parámetros la licencia otorgada exceda del límite de edificabilidad legal permitido, pues considera el suelo urbano y consolidado, también el informe de parte emitido por el jurista Sr. Ramón Fernández ( F. 212 ) que entiende que las parcelas cuentan con urbanización básica que, por tanto, podrá ser deficiente o incompleta pero que no precisan de una operación integral de urbanización u otro similar de Garrigues Abogados ( F. 1693 ) en similar sentido y, más completo y concluyente, se pronuncian los informes periciales elaborados a instancia de las defensas del Sr. Castro Dopacio ( Caja documental nº 4 ), donde tras visitar y analizar todas las parcelas a efectos de determinar los servicios existentes a pie de parcela, señala su efectiva existencia en todas y cada una de las promociones y licencias concedidas, concluyendo que todas tienen servicios básicos y en todos los casos se trata de suelo urbano consolidado.

En estos informes dicho perito indica que no valora la suficiencia de las redes en caudal o potencia, pues de existir los servicios, las obras necesarias serían accesorias a los efectos dialécticos que estamos hablando. Añade que las visitas se efectúan con el fontanero y empleado municipal Sr. Gasalla Freire quién le indica la localización de las redes de abastecimiento de agua y saneamiento, indicando que " básicamente en todas las promociones existe acceso rodado por vía pública pavimentada, existe disponibilidad de conexión a la red municipal de abastecimiento de agua mediante obras accesorias, también referente a la conexión a la red de saneamiento y a la de suministro eléctrico, así como existe red de alumbrado y acceso peatonal, por lo que todas las parcelas cuentan con



urbanización más o menos básica, cuyas dotaciones urbanísticas será preciso completar o mejorar con obras complementarias o accesorias tal y como figura en la concesión de las licencias ", acompañando a los informes los correspondientes reportajes fotográficos, donde se constatan sus afirmaciones y ubicación de las redes y servicios mencionados ( arquetas, puntos de red, calles, aceras, etc. ).

**SÉPTIMO.-** En el plenario celebrado, podemos afirmar que las partes mantuvieron en síntesis sus respectivas posturas, así la acusada arquitecta municipal, afirma respecto a la promoción nº 1 que su informe fue emitido a finales del año 2.005, por tanto con anterioridad al 1 de enero de 2.006 en que entraría en vigor la diferenciación legislativa sobre suelo consolidado o no consolidado y que del resto de promociones hasta las 41 analizadas en este capítulo, todas menos una, la nº 25 que se informó y tramitó como suelo no consolidado, el resto consideraba que se trataba de suelo consolidado, debido a que todas contaban con urbanización básica y suministros a pie de parcela y podían adquirir dicha condición con obras accesorias, además de indicar que comprobó personalmente en todas y cada una de ellas la existencia efectiva de los servicios.

El alcalde acusado mantiene una postura ciertamente desconcertante, por cuanto en general se ampara y alega desconocimiento de muchas de las cuestiones que se le plantearon por las acusaciones, no obstante manifiesta que las aprobaciones de las licencias efectuadas se basaron principalmente en que contaban con informe técnico favorable, que los informes jurídicos eran ambiguos y que la propia Secretaria municipal les manifestaba que podían aprobarlas y que tampoco había problema por la falta de emisión de informe jurídico, así como que los Convenios firmados a posteriori lo fueron para mejorar los suministros ya existentes, además de no haberse ejecutado, afirmaciones que básicamente son también alegadas por el resto de ediles acusados, aunque alguno de ellos admite conocer que algún informe jurídico era desfavorable, así como que carecen de conocimientos sobre la materia al trabajar en áreas de sanidad o incluso tareas rurales, negando todos ellos la supuesta reunión que dice la Secretaria municipal se celebró en enero de 2.006 y donde supuestamente les habría informado o advertido de sus posibles responsabilidades, incluso penales, caso de aprobar licencias urbanísticas en suelo no consolidado.

Respecto a las testificales es importante destacar la practicada respecto a la Secretaria municipal aludida Sra. Martínez Barcia que básicamente ratifica sus declaraciones previas en instrucción, reafirmando en la celebración de la reunión antes mencionada y las admoniciones y advertencias antedichas, en la que estaría presente el fontanero municipal Sr. Gasalla Freire, de la que no se levantó acta, así como admite que sus informes podían variar, siendo algunos favorables, otros claramente desfavorables y algunos condicionados a la resolución de determinadas cuestiones que planteaba, que hubo determinados expedientes que no emitió informe por falta de tiempo, pero que únicamente sería causa de anulabilidad y que tiene dudas que hubiera realmente servicios con caudal y potencia suficiente en las parcelas, no obstante, considera que esa es una cuestión eminentemente técnica que correspondía analizar a la arquitecta.

El fontanero aludido Sr. Gasalla Freire niega haber estado en reunión alguna en que se tratara el tema de la consolidación del suelo con el alcalde y los concejales o, al menos, manifiesta no recordarlo, así como que fue con notarios y peritos a señalar la ubicación de arquetas y que había diversos depósitos de agua y depuradoras, si bien, desconoce si eran suficientes.

Narciso González Florido, entonces Jefe de la Unidad de Carreteras del Ministerio de Fomento, afirma en el plenario que no le consta que ninguna de las promociones solicitaran autorización a dicho Ministerio, pero que tampoco cree que ninguna accediera directamente desde o hasta la N-634, sino desde vías accesorias o secundarias, por lo que la autorización no sería necesaria.

Comparecen también diversos promotores de las edificaciones litigiosas como testigos a instancia de las defensas, así Srs. Lázaro Rodríguez ( Carril Flores ), Teodoro Moreda, Díaz Rodríguez ( Nordés ), Vilela Rancaño, Cao Expósito, Díaz Díaz ( Promoelja ), Rodríguez Pérez ( Os Molineros ), Villamarín Lorenzo ( Villa Benquerencia ), Castro Álvarez ( A Mariña ) y Martínez Zas ( Panamérica y Plaza Garden ), quienes mantienen una versión similar y uniforme en el sentido que sus promociones poseían todos los servicios necesarios a pie de parcela, que no tuvieron problemas de saneamiento, luz o agua, que en su mayoría levantaron actas notariales donde se reflejaban la existencia de suministros, que el Convenio del Agua fue para mejorar su servicio y que no se llevó a cabo finalmente, que en muchos de los casos las promociones se acabaron y entregaron y no existió problemas a posteriori y que Begasa remitió cartas y reclamaciones aludiendo a falta de potencia para atender sus solicitudes, pero que quería extorsionarlos exigiéndoles ingentes cantidades de dinero, suministro que posteriormente facilitó por cantidades muy inferiores.

Declaran como testigos-peritos los técnicos de la Xunta de Galicia que emitieron informes para dicho Organismo y que sirvió de base a las actuaciones administrativas y penales posteriormente desarrolladas quienes también, mantienen en síntesis el sentido de los informes por ellos elaborados y a los que anteriormente se hizo referencia, así la Jefa del Servicio de Inspección Urbanística Iria M<sup>a</sup>. Alfonsín Coello, manifiesta haber visitado la zona cuatro o cinco veces, discrepa con los informes de la arquitecta municipal, considera que la mayoría de las promociones se ubicaban en suelo no consolidado, si bien admite que alguna pudiera considerarse como consolidado, así como que se trata de discrepancias técnicas y que su informe es jurídico y no técnico.

El Director del APLU, Hipólito Pérez Novo, reitera que comunicó al Ayuntamiento de Barreiros en marzo de 2.006, como a otros, el cambio de normativa a partir del uno de enero de dicho año, que se deducía que las parcelas carecían de todos los servicios, que las obras a desarrollar eran de urbanización importantes y que los procedimientos judiciales seguidos confirmaron la inexistencia de servicios.

La arquitecta e inspectora urbanística M<sup>a</sup>. Eugenia Deus Beltrán, afirma haber visitado también la zona, que el suelo no era consolidado pues no existía malla urbana y los caminos y el entorno eran rurales, que no había aceras, pozos de registro, ni servicios urbanos de ningún tipo, que la propia arquitecta admitía en los proyectos fosas sépticas como forma de depuración, lo que evidenciaba la ausencia de servicios de ese tipo y que los propios condicionantes que se



reflejaban en el informe técnico favorable de la arquitecta impedían diferirlos al proyecto de ejecución, como se hacía.

Jesús Sánchez Vázquez, uno de los Subinspectores del APLU, indica que visitó el Concello en diversas ocasiones, que se trataba de suelo urbano no consolidado y, a veces, consolidado, que aparentemente no se observaban servicios, pero que desconocía la suficiencia real de las redes existentes y que, con esa información, sus informes podrían haber variado.

La también subinspectora Mónica M<sup>a</sup>. Carballo Gómez también refiere la ausencia de servicios en la zona, si bien, admite que no la visitó, sino que observó fotografías y que la consolidación o no del suelo es una cuestión interpretable.

Por su parte el testigo-perito Juan Carlos Gómez Remiñán, manifiesta que no trató en sus informes la consolidación del suelo, pero que no observó visualmente suministros y los que contempló no eran suficientes, por lo que las promociones no precisaban obras de escasa entidad, sino de verdadera urbanización.

Pasando ya al verdadero quid de la cuestión, cuál es la visión de la cuestión de los técnicos en la materia, se practicó en el plenario pericial conjunta de los propuestos por las acusaciones y defensas, donde, en conclusiones, los seis peritos actuantes no llegaron a conclusión uniforme sobre ésta trascendental cuestión, pues mientras Enrique Luis González Riobó, funcionario de Urbanismo de la Xunta de Galicia indica que en muchos casos nos encontraríamos que el suelo no sería siquiera urbano y el urbano sería no consolidado, destacando que la arquitecta acusada, ni siquiera refleje o aclare la capacidad de las redes de suministro en sus informes, que las promociones estaban descontextualizadas con las edificaciones del entorno, que hizo el informe con estudio de todo el suelo de Barreiros que sirvió para la suspensión de las normas subsidiarias que eran deficientes, que no existía o no obtuvo información sobre la capacidad de las redes y que solo visitó una de las parcelas.

Casimiro Fontela Bugallo, manifiesta que elaboró el proyecto de ampliación del Agua de Barreiros, que le dio la impresión por las informaciones facilitadas que, de prosperar todas las promociones, existiría problemas de suministro, que la única depuradora existente era insuficiente y que el presupuesto elaborado era de unos 3.000.000 euros y posteriormente en 2.009 en informe adicional se rebajó a la mitad.

El Ingeniero técnico Antonio Castro Dopacio, que elaboró un informe por cada una de las 41 promociones litigiosas, manifiesta que visitó todas las parcelas entre finales de 2.010 y 2.011 y que comprobó que en todas existían servicios y redes de suministro, que no valoró su suficiencia, pero que considera las promociones viables con obras ampliatorias y que para el informante se trataba en todos los casos de suelo consolidado, apreciación confirmada por el Perito que también depone Antonio José Zincke Fernández, perito judicial designado en el procedimiento contencioso administrativo seguido respecto a la promoción nº 1 de Nordés y referida a dicha edificación, añadiendo que la visitó con un empleado municipal y comprobó la existencia de servicios y la suficiencia del suministro, tras comprobar presiones y trazado de las tuberías, apreciando la suficiencia de los servicios, si bien con cierta escasez.

Se elaboraron dos informes periciales a instancia de las defensas por Pablo Fernández Ferreira que se anuncia como personal laboral de la empresa pública Aguas de Galicia y Adolfo Maldonado Martín, que comparecen a la referida pericial conjunta donde defienden igualmente sus informes en el sentido de considerar la consolidación del suelo y suficiencia de servicios, respecto a saneamiento y abastecimiento, el primero de ellos y de las infraestructuras en su conjunto el segundo, indicando también éste que las previsiones que efectuaba la arquitecto municipal en sus informes pueden considerarse obras accesorias, restando trascendencia a los efectos de consideración del suelo consolidado la previsión de fosa séptica como sistema de saneamiento, además que se trataba de casos concretos, así como que los servicios existentes a pie de las parcelas eran también suficientes.

**OCTAVO.-** Con estos mimbres hay que determinar por tanto, si las promociones a las que se refieren los informes de la arquitecto acusada y convalidaron el alcalde y concejales, también imputados, al aprobar las licencias, se desarrollaban sobre suelo urbano consolidado o no consolidado y si, en este último caso, las circunstancias y condiciones de las edificaciones y su entorno eran tan evidentes como para considerar que actuaron dolosamente o que su actuación o decisión fue palmaria y groseramente injusta y la emitieron a sabiendas de su injusticia y, valorando todo ello en conciencia y a la luz de la prueba practicada la respuesta debe ser negativa.

En primer lugar es importante destacar que la prueba a valorar es la que consta en las actuaciones, en cuanto documental y la practicada en el plenario, donde acusados, testigos y peritos han manifestado con libertad su parecer sobre estas cuestiones controvertidas y, respecto a la consolidación del suelo, pues hay que partir de la base de que no existe gran discusión, fuera de alusiones sueltas de alguno de los intervinientes, a que nos encontramos en todos los casos ante suelo urbano, pero ciertamente no existe consenso siquiera entre los peritos actuantes, respecto a su consideración de consolidado o no consolidado, en cuanto a si necesitan obras accesorias o de escasa entidad para adquirir la consideración de solares y a simultanear con la construcción ( los primeros ) o si precisan procesos de urbanización o de reforma integral con dotaciones y distribución equitativa de beneficios y cargas ( los segundos ).

Sobre ello la mayoría de los peritos y testigos-peritos que elaboraron informes como técnicos de la Xunta de Galicia que defienden la consideración de encontrarnos con promociones y edificaciones que se desarrollan sobre suelo no consolidado, admiten por contra, como antes se hizo constar, que tal cuestión es técnica, subjetiva e interpretable y, en su mayoría, que no visitaron la zona y si lo hicieron no constataron físicamente la existencia o suficiencia de los servicios allí existentes. Por contra, nos encontramos con otros peritos ( el resto ) que si manifiestan haber visitado las parcelas y afirman y confirman la existencia de servicios urbanísticos, al menos básicos, en todas las parcelas, a desarrollar con obras accesorias que podrían simultanearse con la construcción y que consideran el suelo de las mismas como urbano y consolidado, versión además, confirmada por los promotores que reiteran esta tesis y así se constata también con las varias actas notariales elaboradas a instancia de muchos de los anteriores que constatan sobre el terreno donde su ubicaban diversas urbanizaciones, la existencia cierta de redes y puntos de suministro ( F. 1428, 1443, 1511, 1531, 1578 o 1984 ).



Así, a modo de ejemplo, el acta de presencia levantada el 5 de marzo de 2.007 ( F. 1443 y sig. ), indica que se constituye la fedataria pública en San Miguel de Reinante, comprobando " la existencia de un solar... que cuenta con los siguientes servicios: Alumbrado público, compruebo la existencia de farolas; Saneamiento, tanto de aguas residuales, como pluviales, a través de las correspondientes arquetas que así lo reflejan; Acceso rodado a través de una vía pavimentada que parte desde la carretera general; Teléfono, a través de los correspondientes postes y cables; Suministro de energía eléctrica, igualmente a través de los correspondientes postes; No es posible comprobar la existencia de suministro de agua, pues debido al relleno de la finca se encuentra soterrado ", constando en las otras actas mencionadas circunstancias similares.

**NOVENO.-** Por tanto, en el presente procedimiento no se ha acreditado con un mínimo de rigor en el plano técnico, que no existieran redes de suministro y servicios urbanísticos, al menos básicos a pie de las parcelas donde se otorgaron las licencias controvertidas y que, por tanto, pudieran desarrollarse como solares con obras accesorias a efectuar durante el proceso constructivo, pues los peritos de la defensa lo afirman sobre la base de que ciertamente existen dichas redes y servicios, mientras que los de la acusación lo niegan sobre la base de su inexistencia, pero dicha afirmación viene contestada por datos reales y objetivos como son las fotografías aportadas en el informe pericial del Sr. Castro Dopacio que visita todas ellas y de las propias actas notariales elaboradas respecto a determinadas promociones y que también lo certifica.

Por tanto, partiendo de la base de la existencia de todos los servicios a pie de parcela o en lugar accesible del que se pudieran servir, es lo cierto que la ley no establece que debe considerarse como obras accesorias o de escasa entidad, por lo que tendremos que utilizar la lógica, si bien, nos encontramos con el hándicap que las acusaciones, ni tampoco los peritos que informan en cuanto miembros o funcionario del APLU, no nos informan o indican partiendo de la realidad física de cada una de las parcelas, cuáles serían a su juicio las obras necesarias para dotar de servicios en cantidad y caudal suficiente para la edificación, de tal manera que un lego en la materia, pueda así valorar o determinar si estas deben considerarse accesorias y a desarrollar con la construcción o realmente son importantes y pueden considerarse de verdadera urbanización.

Dicha circunstancia no se ha acreditado mínimamente y con suficiente rigor, por lo que mal podríamos considerar delictiva la actuación de la arquitecta municipal, en cuanto a la emisión de informes injustos o ilegales a sabiendas cuando los efectúa sobre la base de proyectos ubicados en parcelas que disponen de servicios y redes de suministro constatables físicamente, más cuando coinciden todos los intervinientes, que tal apreciación es discutible, subjetiva y técnica, lo que se evidencia en el presente supuesto al informar distintos peritos de forma diferente sobre la misma cuestión.

Es cierto que la acusación pública alude en el plenario y presenta diversas resoluciones que indican lo contrario, esto es, que determinadas promociones precisaban de la necesidad de acometer obras no calificables como accesorias o de escasa entidad, así la propia Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Lugo ( F. 29 a 43 ), respecto a la promoción nº 1 de Nordés, donde se viene a reconocer que nos encontramos ante suelo urbano y

debe delimitarse si es consolidado o no, dependiendo a si puede adquirir la condición de solar con obras accesorias ( F. 38 ), decantándose por esta segunda opción al entender que no se había acreditado, pues no constaba, según informaba la propia Secretaria municipal que, " para la evaluación por los técnicos municipales, debería justificarse la suficiencia de caudal y potencia de las redes de servicios urbanos, fundamentalmente del servicio de agua potable ", de lo que se deduce no que no existieran redes de servicio, sino que no se acreditaba su suficiencia, lo que deriva simplemente en la ilegalidad de la licencia concedida a nivel administrativo.

No obstante lo anterior en dicha resolución o en otras aportadas en el plenario, tampoco concretan cuales deben ser estas obras accesorias, además de estar dictadas en procedimiento administrativo, donde lo que se está ventilando es la legalidad de la construcción o de las licencias concedidas, no habiendo sido partícipes de las pruebas allí practicadas, mientras que aquí donde se han desarrollado otras, lo que se ventila no es tanto la legalidad o ilegalidad de las licencias, sino sobre todo, si existe base para considerar los informes emitidos como groseramente ilegales y constitutivos de delito sobre la base que dicha determinación ( la necesidad de obras de gran envergadura y no accesorias ) era patente y palmario y fácilmente constatable, como para determinar que fueron emitidos o dictados a sabiendas de su injusticia, lo que entendemos no ha quedado meridianamente claro.

El resto de cuestiones que a lo largo del procedimiento se le achacan, no tienen tampoco una verdadera trascendencia a nivel penal, toda vez que la invasión de suelo rústico que consta en diversos informes de los técnicos del APLU y que afectarían a varias promociones y que se plasman igualmente en el escrito de calificación del Ministerio Público, han quedado contestadas por diversas Sentencias del Juzgado de lo Contencioso Administrativo que indican que el problema surge por la utilización de diversos planos y que dan la razón a la propia arquitecta municipal en el sentido que no existe tal invasión de suelo rústico, como asumen las acusaciones en el plenario, entre otras, Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Lugo de 13 de mayo de 2.010 ( F. 1031 a 1034 ) o del mismo Órgano de 24 de mayo de 2.011 ( F. 1784 a 1789 ) o de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T. S. J. de Galicia de 7 de julio de 2.011 ( F. 1777 a 1783 ).

Similar suerte debe correr el exceso de edificabilidad también achacado y que, según los peritos, entre otros, el Sr. Zinke Fernández, indican que existe distinto porcentaje según se corresponda a suelo consolidado o no consolidado y que, en el primer caso, no existiría tal invasión, lo que avala el propio perito.

El resto de cuestionamientos que se efectúan en diversas promociones sobre velux, ventanas, etc., se refieren a cuestiones técnicas de la propia edificación que, evidentemente y por su sola existencia, no entrarían ni de lejos en los requisitos exigidos para considerar su actuación delictiva y corresponderían a otro campo como el administrativo o sancionable, como mucho, en este ámbito.

**DÉCIMO.-** Por lo que respecta al resto de acusados, alcalde y concejales, hemos de partir de la base que efectivamente la cuestión controvertida era más técnica que jurídica, como lo admiten los propios peritos de la Xunta y la propia Secretaria municipal en las declaraciones que presta, donde indica que la cuestión de la consolidación del suelo correspondería a la arquitecta municipal,



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

no obstante, se destaca por las acusaciones que la actuación de los anteriores viene condicionada por los informes desfavorables que emitía la dicha fedataria municipal y que eran contrarias a la concesión de las licencias.

Analizando los informes emitidos por la Secretaria municipal, hemos de convenir con el parecer emitido por la superioridad en Auto antes citado de 27 de mayo de 2.013 ( F. 2228 y sig. ), donde indica que " en cada uno de los expedientes de las cuarenta y cuatro licencias consta el informe de la arquitecta municipal, favorable a la concesión de la licencia y el informe de la secretaria municipal que en un par de casos es claramente desfavorable ( Teodoro Moreda, licencia de 12.4.06 y Promoelja, licencia de 4.7.06 ), en todos los demás puede ser cierto que en el informe escrito de la secretaria es un tanto ambiguo o, incluso, confuso, pero en todos ellos señala obstáculos o deficiencias para conceder las licencias ".

Respecto a esta cuestión, se ha unido copia de la totalidad de los expedientes analizados en este capítulo, donde efectivamente consta algún informe desfavorable de la secretaria municipal a la concesión de las licencias, otros favorables y la mayoría donde no consta un pronunciamiento claro en un sentido u otro, e incluso alguno que contiene términos contradictorios o equívocos, al indicar tanto que podrá concederse, como podrá suspenderse, por lo que efectivamente, la mayoría no contiene un pronunciamiento claro, además que en casi todos admite la calificación del suelo determinado en el informe de la arquitecta municipal, ello independientemente que desde este criterio indique que no se contempla adecuadamente los deberes de urbanización.

A modo de ejemplo, consta informe jurídico de 2-8-06 en la licencia nº 12 donde se refleja que " podría concederse la licencia sometiéndola al cumplimiento de las condiciones en un momento posterior que deberá ser el de la formalización del proyecto de ejecución que habrá de presentarse con carácter previo a la iniciación de las obras ", similar a las promociones nº 13, 14 o 15, mientras que en otras alterna el podrá concederse y se podrá suspender el procedimiento, como por ejemplo, entre otros, en la nº 17 y 18 y en la nº 40 consta informe desfavorable el 25-10-05 e informe complementario favorable el 14-11-06, cuando las condiciones eran las mismas, a salvo que se había presentado un informe pericial respecto a determinadas cuestiones técnicas, sin que prácticamente en ninguno de los expedientes analizados conste un informe claramente desfavorable y en todo caso, en ninguno una advertencia de ilegalidad caso de aprobarse las licencias por partes de los miembros de la Junta de Gobierno Local.

En la resolución de la Ilma. Audiencia Provincial de Lugo se alude a la reunión previa que dicha Secretaria municipal dice haber celebrado con los miembros de dicha Junta en enero de 2.006 donde les habría advertido de las claras responsabilidades, incluso penales, en que podrían incurrir caso de aprobar licencias en suelo no consolidado y, sin dudar de su palabra, es lo cierto que los acusados la niegan y el fontanero que supuestamente estuvo presente, según aquella, no la confirma en sus declaración en instrucción, ni tampoco en el plenario, pero lo más chocante es que dichas advertencias, al menos de posible ilegalidad de los acuerdos aprobando las licencias, no consta se efectuara adicionalmente en ninguno de los informes jurídicos elaborados, con la importancia que ello tiene, como más adelante se expondrá.

Tampoco puede otorgarse un valor determinante a la falta de emisión de informe jurídico previo y preceptivo, pues la propia Secretaria municipal le resta importancia a los efectos penales que valoramos, pues alude que simplemente conllevaría la anulabilidad de los acuerdos, según jurisprudencia que la misma cita.

Por tanto, tampoco aparece con una claridad meridiana que los acusados, alcalde y concejales, actuaran a sabiendas de la injusticia que cometían a la hora de aprobar las licencias, pues se encontraban ante informes técnicos favorables en todos los casos y jurídicos favorables o confusos, salvo en un par de casos que eran claramente desfavorables, o sin informe jurídico, en otros casos, pero donde la propia Secretaria, pudo decirles que era simple causa de anulabilidad.

Se pone sobre la mesa ulteriores argumentaciones que dicen tuvieron que alertar a los acusados sobre la injusticia de los informes o acuerdos adoptados como puede ser la comunicación efectuada en marzo de 2006 por el Director Xeral de Urbanismo y que se admite como recibida por el Alcalde acusado, donde se le recordaba que desde el 1 de enero de dicho año se aplicaría el régimen de suelo urbano no consolidado a la ejecución de la ordenación del suelo urbano de los municipios con planeamiento no adaptado a la Ley 1/97 del Suelo de Galicia, si bien, tal comunicación tiene trascendencia relativa, pues de lo que se discrepa es sobre si efectivamente las parcelas sobre las que se asentaban las edificaciones cuyas licencias se aprobaron era suelo urbano no consolidado o si podía tratarse de consolidado al requerirse obras accesorias o de escasa entidad a desarrollar con la propia edificación, algo sobre lo que, como se argumentó, no existe el suficiente consenso, ni siquiera entre los técnicos que han informado en el presente procedimiento, más cuando el propio perito y Arquitecto de la Xunta de Galicia D. Enrique Luis González Riobó deja constancia en su informe ( F. 979 ), como antes se referenció que ( las normas subsidiarias que regían el urbanismo en Concello no eran excesivamente claras pues, podía simplemente deducirse la existencia de ámbitos que merecerían la consideración de suelo urbano no consolidado e igualmente que las normas subsidiarias de planeamiento no delimitan ámbitos de suelo urbano y aunque se presume que sería no consolidado, tampoco es posible delimitar sin riesgo de error la superficie a integrar en esta categoría de suelo al no disponer de información relativa a las redes de servicio existentes, afirmando que la propia normativa existente en el municipio promueve la inseguridad jurídica, informe emitido a los efectos de la suspensión de la normativa urbanística municipal ).

Otro tanto puede decirse, respecto a la famosa carta que Begasa remitió al Ayuntamiento de Barreiros alertando de la saturación del suministro eléctrico, ante la alta demanda de las construcciones cuyas licencias se comenzaban a conceder y la que el alcalde, al menos, parece reconocer que tuvo noticias de ella, donde se exponía el 1 de septiembre de 2.006 la recepción de varias solicitudes para el suministro eléctrico en varias urbanizaciones del Concello de Barreiros y que al depender de otra subestación se encontraba saturada y no podían atender nuevos suministros como los solicitados, sin acometer nuevas infraestructuras, así como que para dichas solicitudes se elaboraron presupuestos de entre dos y cuatro millones de euros, si bien, en conjunto podría reducirse el mismo, por lo que hasta que no recibieran contestación, no existía infraestructura, técnicamente, ni a los efectos de la Ley del Suelo de Galicia.

Como destacan las defensas, se trata de un simple escrito unido a las actuaciones ( F. 1007 ), no defendido, explicado o justificado, por responsable



alguno de dicha empresa en el acto del juicio y, por el contrario, constan declaraciones de varios promotores y documental aportada por los mismos que constata que la citada empresa les solicitó elevadas cantidades de dinero para posteriormente conseguir el suministro por cantidad muy inferior y, en algún caso, tras reclamaciones ante los organismos competentes, estimando éstos las alegaciones de los mismos.

Así el promotor Sr. Cao Expósito aporta a las actuaciones ( F. 1597 y sig. ) solicitud de arbitraje ante los organismos administrativos competentes frente a dicha empresa debido a la recepción de carta similar a la recepcionada en el Concello donde se presupuestaba el suministro eléctrico de su promoción en unos 2.460.000 euros y que posteriormente se redujo a poco más de 56.000 euros e, igualmente, el promotor Rubén Vilela efectúa también reclamación similar frente a dicha empresa y en base al informe emitido por el Servicio de Energía y Minas, el organismo competente se la estima parcialmente ( F. 1812 a 1821 ).

Señalar en este mismo sentido que esta misma empresa ha informado que en el periodo controvertido de la concesión de las licencias no existió incidente destacable alguno o problema constatado de suministro eléctrico referido a la zona afectada, concretamente que " desde el año 2.006 hasta el día de la fecha ( enero de 2011 ) no han existido problemas de suministro de electricidad por el aumento de la demanda en el término municipal de Barreiros habida cuenta que dicho incremento no llegó a producirse debido a diversas circunstancias ( F. 1071), si bien, dicha afirmación viene contradicha por la propia existencia de urbanizaciones que si se acabaron y están habitadas como manifiestan los propios promotores testificalmente, sin que, en todo caso, dicha empresa nos ofrezca datos técnicos del aumento concreto o mantenimiento de la demanda de electricidad en dichas fechas.

Consta información similar elaborada por Aguas de Galicia respecto a falta de incidencias en materia que afecte a los servicios de saneamiento o abastecimiento de aguas en el Concello de Barreiros ( F. 1069 y 1070 ), así como tampoco declaran en el plenario testigos directos, en cuanto vecinos de la zona y posibles afectados, de la existencia de problemas reales y constatables de suministro de agua o similares a salvo de pequeñas incidencias en periodo estival, al menos, no declaran suficientes personas como para estimar exista un problema real y constatable referido a esta delicada cuestión.

Es cierto que se aprecia cierta flexibilidad a la hora de la concesión de las licencias otorgadas, pero también lo es que según informa el perito Sr. Zincke Fernández ( F. 247 ) desde la entrada en vigor de la LAUG hasta la suspensión del planeamiento municipal de Barreiros, se solicitaron 6693 licencias de las que se denegaron cerca de un tercio, concretamente 2188, informe que se correspondería con la información que sobre ese periodo facilita el Colegio Oficial de Arquitecto de Galicia ( F. 2242 a 2251 ).

Finalmente y sobre la concertación de sendos convenios entre el Ayuntamiento y diversos promotores en el llamado Convenio del Agua de 4 de julio de 2.006, entre el Concello de Barreiros y varios promotores ( F. 1279 y sig. ) para que estos colaboraran económicamente para hacer posible la mejora y ampliación de las infraestructuras municipales de abastecimiento de agua y su obligación en la financiación de las obras, el mismo, como allí se expone, se dirige a mejorar las infraestructuras existentes para dotar en términos de mayor

viabilidad las edificaciones a desarrollar, lo que evidentemente es una asunción por parte del municipio de las deficiencias en esta materia existentes, pero sin que ello parezca determinante a la hora de considerar el suelo de una u otra manera o como para decidir la denegación de alguna o todas las licencias aquí consideradas como ilegales y constitutivo de delito su otorgamiento, más cuando según los acusados y los propios promotores firmantes ni siquiera se llevó finalmente a cabo dicha mejora y, como antes vimos, sin incidencias importantes constatadas.

También y finalmente se alude al Convenio de Colaboración entre la Consellería de Medio Ambiente y Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia, la empresa pública Aguas de Galicia, la Diputación Provincial de Lugo y el propio Concello de Barreiros para la financiación y ejecución de los proyectos de urbanización, abastecimiento y saneamiento de los núcleos urbanos de San Cosme, San Pedro, San Miguel de Reinante y Reinante, ( F. 1289 y sig. ) y unido por DVD al F. 2252 y 2253 y posterior aprobación del Plan Sectorial de mejora de infraestructuras, y su posterior anulación por Sentencia nº 462/13 del T. S. J. de Galicia, donde exponen que **“ debido a la falta de adaptación de las NNSS de Barreiros y que dicho instrumento de planeamiento, ni está adaptado a la vigente legislación urbanística, ni establecen distinción ninguna entre las categorías de suelo urbano consolidado para su urbanización y el suelo urbano que carezca de dicha consolidación ”**, así como **“ el incremento en los últimos años de la actividad edificatoria y la puesta en cuestión de los niveles de suficiencia de los servicios urbanísticos existentes** en los núcleos urbanos delimitados por dichas NNSS, tales como redes de saneamiento y depuración de aguas residuales, red de abastecimiento de agua potable y potencia bastante en el suministro de energía eléctrica, determinó que la Xunta de Galicia suspendiese la vigencia de dichas NNSS y que se requiriese al Ayuntamiento para la revisión de oficio de las licencias concedidas que, al no ser atendidas, derivaron en diversos contenciosos **“ y “** debido al impacto económico que esta situación originó y la propia comprobación por parte del Concello de Barreiros respecto a que las infraestructuras del municipio respecto al abastecimiento del agua quedaron superadas por la actual demanda y la necesidad de ampliar notablemente la captación de agua y realizar ampliación de las infraestructuras ...” ACUERDAN **“** la formalización del referido Convenio para superar la situación descrita y escenario de incertidumbre... **“ y “** dotar a los núcleos existentes del término municipal de aptitud a corto plazo para servir de soporte a la edificación proyectada en dichas áreas de suelo y planificar, proyectar, financiar y ejecutar las infraestructuras y las redes de servicios urbanos con las características y los niveles de suficiencia que la ley requiere ... **“**, estableciéndose unas inversiones económicas de 14.180.281,38 euros.

Sobre esta base, indicar que los mismos tampoco se han desarrollado al haber sido éste Plan Sectorial declarado nulo por el T. S. J. de Galicia, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de junio de 2.013 ( F. 3681 a 3684 ) y aquél, al manifestar los promotores y los propios acusados que no se llevó a término, indicando también dichos empresarios que muchas de las promociones se han desarrollado, acabado y entregado, encontrándose ocupadas y sin que existan problema alguno de suministros.

Pero es que al hilo de esta cuestión también consta que la Xunta de Galicia no solo ha participado activa y voluntariamente y firmado dicho Convenio, ello independientemente que se haya declarado nulo por la justicia el Plan de



desarrollo, pero es que también ha desistido de la mayoría de las impugnaciones entabladas frente a las licencias concedidas desistiendo de los procedimientos administrativos entablados o no ejecutando las propias Sentencias que estimaban sus pedimentos y las anulaban, todo ello según admiten las partes y consta documentado en autos por certificaciones de el/la Letrado/a Judicial de los Juzgados Contencioso-Administrativo de Lugo ( F. 1889 y sig y 1931 y sig. ).

Es cierto que pese a su nulidad declarada, las acusaciones se amparan en dicha firma del Plan Sectorial de mejora y ampliación de las infraestructuras básicas de saneamiento, abastecimiento y red viaria por parte del Ayuntamiento, como la mejor prueba demostrativa que sus miembros conocían la existencia de dichas deficiencias a la hora de aprobar las licencias solicitadas, de lo que deducen el carácter delictivo de su actuación pues, pese a saber que existían deficiencias insalvables las concedieron, así la propia Sentencia que lo anula y a la que antes nos referimos establece que " el origen del problema que se trata de solucionar con la aprobación del plan litigioso, no es la falta de previsión legal, sino una actuación del Ayuntamiento de Barreiros que esta Sala ha considerado no conforme a la legalidad en los casos en que ha tenido que pronunciarse de forma definitiva e incurso en una apariencia de ilegalidad en los numerosos supuestos en los que, en sede de medidas cautelares, decretó la suspensión de la ejecutividad de los actos de concesión de licencias objeto de impugnación judicial ... al ser necesario un proceso de urbanización, necesidad confirmada por el propio plan impugnado " ( F. 3684 ).

No obstante y siendo cierto lo afirmado en la referida resolución, esta argumentación de las acusaciones es, como todas, defendible jurídicamente, pero también cabría plantearse otra línea de pensamiento, cual es que, en estas circunstancias, a lo mejor la realidad existente y las propias conclusiones a sacar no son tan claras, pues siendo cierto que en dicho Convenio se contemplan determinadas deficiencias estructurales que hay que solventar con nada menos que más de catorce millones de dinero público, no nos olvidemos que se comienza exponiendo la existencia de un conflicto interpretativo sobre el tipo de suelo regulado en las desfasadas NNSS de planeamiento y también sobra la propia suficiencia de los servicios urbanísticos que es lo que origina su firma y posterior apaciguamiento judicial entre las partes y promotores en la vía contencioso-administrativa, con exigencia de ciertos requisitos y salvaguardas de índole pecuniario en cuanto responsabilidad patrimonial de la Administración.

Además de ello debemos resaltar que en la firma del Convenio se encuentran las dos partes hasta entonces enfrentadas, esto es, la Administración autonómica de la Xunta de Galicia y la Local del Concello de Barreiros, en cuanto aquélla no sólo suspende normas urbanísticas de éste y combate judicialmente las licencias otorgadas por el mismo, sino que llega a transmitir la documentación a la Fiscalía correspondiente al entender que los hechos pueden ser constitutivos de delito por prevaricación urbanística y, al hilo de esta cuestión, insistimos las cosas no pueden estar tan claras como en su día planteaba dicha administración autonómica y sostienen hoy en día las acusaciones, pues si consideramos que es sencillo y fácilmente observable, como proponen éstas, que los miembros del Gobierno Local cometieron dicho delito porque a sabiendas de su ilegalidad las otorgaron en las circunstancias en que se encontraban en el año 2.006 cuando tuvieron que decidir sobre su resolución, es evidente y más palpable que existen otros funcionarios, en este caso de la administración autonómica que pese a considerar en su día que dichas licencias eran no solo ilegales, sino constitutivas de infracción penal y así lo transmitieron al Ministerio Público y, pese a esa

consideración, no solo han desistido de los procedimientos judiciales entablados o no han ejecutado las Sentencias favorables alcanzadas, sino que han firmado un Convenio para santificar dichas promociones ilegales y delictivas, ni más ni menos que con 14 millones de euros de dinero público, con lo cual en este caso el/los delito/s serían más fácilmente deducibles, ello, se insiste, si consideráramos la cuestión tan sencilla y palpable.

**UNDÉCIMO.-** Respecto a las licencias correspondientes a las piscinas y zonas recreativas a que se refiere el segundo bloque de imputaciones que aquí se ha descrito, indicar que la normativa en la que se basaba la propia Agencia de la Legalidad Urbanística para denegar las licencias previas solicitadas lo era por tratarse de actuaciones en suelo rústico según la normativa existente en dicho momento y aprobada por Decreto autonómico 15/07, de 1 de febrero, del Consello de la Xunta de Galicia, pero no debemos olvidar que, a posteriori dicho Decreto y la normativa que regulaba fue declarado NULO DE PLENO DERECHO por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2.014 ( F. 3420 a 3426 ), por lo que y, en sintonía con los dos informes emitidos por el propio Ministerio Fiscal en fechas 19 de agosto de 2.014 ( F. 3418 ) y 7 de abril de 2.015 ( F. 3483 ), su nulidad implica que no pueda surtir efecto alguno, así textualmente se relata en los mismos - " efectivamente en 2009 la licencia era frontalmente contraria a lo regulado en el Decreto 15/2007. Sin embargo, **la nulidad radical y absoluta de este Decreto deja sin efecto este motivo de ilicitud penal, pues lo que es nulo no puede producir efecto alguno** " -, por lo que mucho menos lo puede tener a la hora de calificar los hechos aquí enjuiciados y antes referidos como delictivos por los acusados que, supuestamente, contravinieron la legislación aprobada por el Decreto posteriormente anulado.

A mayor abundamiento, consta que en dichos expedientes de licencias concedidas a piscinas y zonas de juego se emitió informes favorables por otro arquitecto municipal ( F. 357 ) y la secretaria municipal ( F. 360 ) que a consecuencia de ello tienen, junto con la arquitecta acusada, incoado un expediente sancionador por la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística de la Xunta de Galicia ( F. 48 y sig. ), pero que sin embargo no han tenido el correspondiente reproche penal que aquí se efectúa a los acusados, por todos y cada uno de los actos administrativos, informes o votaciones favorables emitidas al efecto.

En todo caso y en estas circunstancias, tampoco parecería descabellado considerar las obras referenciadas con la categoría de obras menores a los efectos de la concesión de las licencias solicitadas como consideran los técnicos municipales en sus informes técnico y jurídico y lo ratificaba testificalmente el primero de ellos Francisco José Otero Méndez ( F. 996 ), donde manifestaba que la piscina era prefabricada y no requería autorización autonómica previa, más cuando la denegación previa autonómica, como antes se dijo, perdería su valor por la nulidad de la reglamentación por ella aprobada y sobre la que se basaba precisamente la denegación de la autorización para la instalación de las piscinas y áreas deportivas controvertidas.

**DUODÉCIMO.-** Queda finalmente por analizar la cuestión de la licencia concedida por silencio administrativo, sin que quede debidamente explicado por las acusaciones la razón de imputar la misma a la Sra. Arquitecto municipal, si lo



es por la emisión del informe favorable a la edificación en 2 de noviembre de 2.006, o si lo es por el emitido a los efectos del silencio que le es solicitado y lo suscribe el 27 de junio de 2.007, que parecería lo propio, toda vez que al resto de acusados por esta licencia parece desprenderse que lo es por su aprobación por silencio administrativo.

En el primer caso, informe favorable a la edificación, no parece tener mucho futuro la imputación, pues de ese informe no parece derivarse que afecte a la licencia concedida que lo es por silencio, esto es, por el mero trascurso del tiempo sin resolución por el Organismo municipal, y si lo es por el segundo, en menor medida sería achacable irregularidad alguna pues la acusada se limita a recordar que informó favorablemente en el momento de la solicitud, pero que en ese momento su informe sería desfavorable al haberse suspendido las NNSS entonces aplicables y el proyecto no podría otorgarse ( F. 2673 ), a mayor abundamiento, en ambos casos y, aún de considerarse su actuación delictiva, que no lo parece, dicha infracción estaría prescrita por cuanto se le toma declaración sobre dichos hechos en 2.013 y se le cita a declarar como investigada y por tanto se le imputa dicho delito por Providencia de 30 de mayo de 2.013 ( F. 2995 ), fuera por tanto del plazo prescriptivo de cinco años existente en la legislación vigente para este tipo de delitos, sin que pueda considerarse causa alguna de interrupción de la prescripción, pues sobre tales hechos se incoó procedimiento judicial específico, con posterior acumulación al presente.

Sobre esta figura se ha pronunciado con profusión la jurisprudencia que establece Según han recordado entre otras las sentencias de la Sala 2 de 8 de febrero de 1995, 9 de mayo y 7 de octubre de 1997, el instituto de la prescripción, en general – así se dice en la STC 157/1990, de 18 de octubre de 1990 –, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el art. 9.3 CE, puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, desenvolvimiento que, en el ámbito del Derecho Penal, se completa y acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y en los principios de orientación a la reeducación y reinserción social que el art. 25.2º CE asigna a las penas privativas de libertad. Transcurrido un plazo razonable, fijado por la norma, desde la comisión del delito, la pena ya no es precisa para la pervivencia del orden jurídico, ya no cumple sus finalidades de prevención social.

A esta misma conclusión en casos idénticos al presente se llega por la Jurisprudencia más reciente, incluida la doctrina de nuestras Audiencias Provinciales en aplicación de la misma, citando a modo de ejemplo la S. A. P. Las Palmas de 13 de febrero de 2.009, donde se establece con claridad esta tesis, donde con cita de la S. T. S. 753/2005, de 22 de junio, establece que " el art. 132.2 del Código Penal, interpretado en la forma que impone su contexto normativo y con el rigor semántico que requiere el ius puniendi, obliga a entender que el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal y que el momento que legalmente cuenta es el de iniciación del proceso penal stricto sensu contra los acusados. No sobra señalar, en fin, que la doctrina constitucional ha entendido que la simple interposición de una denuncia o querrela es una " solicitud de iniciación " del procedimiento ( SSTC 11/1995, de 4 de julio; 63/2005, de 14 de marzo ) - no un procedimiento ya iniciado - y que el derecho fundamental a la tutela judicial que asiste a los ofendidos por un delito como querellantes o denunciante es un ius ut procedatur que no contiene un derecho absoluto

a la apertura y plena sustanciación del proceso penal ( por todas, SSTC 175/1989, de 30 de octubre; 111/1995, de 4 de julio; 129/2001, de 4 de junio; 21/2005, de 1 de febrero ), a la incoación o apertura de una instrucción penal ( SSTC 148/1987, de 28 de septiembre; 37/1993, de 8 de febrero; 138/1997, de 22 de julio; 94/2001, de 2 de abril ". " Reciente jurisprudencia avala esta interpretación . . . , incluso en muy recientes sentencia de la Sala Segunda del Alto Tribunal, como la de 4 de noviembre de 2008; La doctrina de esta Sala que ha sido vacilante sostiene en sus últimos años un criterio, quizás riguroso, pero adornado de las máximas garantías de seguridad y trato igualitario. Según esto la denuncia o querrela sobre hechos perfectamente delimitados contra personas concretas interrumpe la prescripción desde que presentada en el juzgado se toma conocimiento de ella y se registra, exigiendo el nacimiento de un proceso. Con ello se entiende que los particulares perjudicados o no por el delito (acusador particular, acusador popular) dirigen la acción penal contra el culpable, aunque tal pretensión deba someterse al filtro del juez instructor, pero ello es independiente del retraso judicial más o menos dilatado a la hora de pronunciarse sobre su admisión. El Tribunal Constitucional, aun reconociendo que la determinación del término interruptivo, en trance de interpretar el art. 132 C.P., corresponde a la jurisdicción ordinaria, se ha pronunciado en dos ocasiones, con la legitimación que le otorga la Constitución, cuando la interpretación de leyes ordinarias puede lesionar derechos fundamentales. Pues bien, entendiendo afectado el derecho a la tutela judicial efectiva en relación al derecho a la libertad señala en las sentencias de 14 de marzo de 2005 y de 20 de febrero de 2008 que, en interpretación rigurosa y literal y respetando celosamente el principio de legalidad, para entender que **el procedimiento se dirige contra el culpable se hace preciso un acto de " interposición judicial ".** Concluyendo en el supuesto sometido a su resolución que sería la providencia en la que se ordenaba citar para declarar como imputado " .

**DECIMOTERCERO.-** Respecto al resto de acusados por la concesión de esta licencia por silencio administrativo positivo, indicar que ya tuvo ocasión de pronunciarse la Ilma. Audiencia Provincial de Lugo en Auto nº 577/15 de 1 de julio de 2.015 ( F. 3589 ) que también revocaba sobreseimiento previo acordado por el Juzgado instructor y acordaba su acumulación al presente asunto, donde acordaba el archivo de las actuaciones respecto a la entonces Secretaria municipal Sra. Teijeiro Campo, por cuanto no tenía que ser concedora de las vicisitudes existentes en dicho Concello, indicando textualmente que " carece de rigor su imputación ... . Pues no puede obviarse que se incorpora en un momento posterior a los informes divergentes entre la anterior secretaria y la arquitecta municipal, informando la posibilidad de informar por silencio administrativo la licencia pedida en el año 2.006, cuando ella no ocupaba la plaza de Secretaria de Barreiros, pues la llevó posteriormente de manera acumulada y, en cuanto tuvo conocimiento de la inviabilidad de la misma, procedió a promover un expediente de revisión de oficio de la licencia concedida. Su intervención se centra más que en la viabilidad de la licencia, en su concesión por silencio administrativo, sin valorar en debida forma la misma " .

Esta situación evidentemente es extensible a los concejales acusados Lorenzo Penabad Bolaño y José Rojo Blanco que no lo eran en el año 2.006 cuando se solicita la licencia y se limitan a votar a favor del propio silencio administrativo y sus efectos, valorando exclusivamente el transcurso de los plazos legales y contando con el informe favorable de aquélla, la propia secretaria municipal, tratándose de una cuestión técnica a valorar por ésta, dándose la paradoja que posteriormente dicha funcionaria, por las razones que constan de incorrección en el cómputo de los plazos propuso la anulación de la licencia y así lo votaron dichos acusados ( F. 2712 y 2713 ), por lo que desconocemos las razones para imputarles delito alguno de prevaricación cuando



se limitaron a seguir las directrices de dicha Secretaria municipal, sin que tampoco se constate que conocieran o tuvieran necesariamente que conocer la resolución que hubiera podido dictar la Dirección Xeral de Urbanismo en noviembre de 2.006, cuando ellos no eran siquiera miembros de la Junta de Gobierno Local.

Similares circunstancias deben también extenderse a los otros dos acusados Srs. Fuente Parga y Gómez Puente pues aun cuando si estaban en el momento de la solicitud previa y de la resolución autonómica citada en el año 2.006, en realidad lo que se sometía a debate y consideración en la sesión celebrada era la concesión de la licencia y concretamente por silencio administrativo y no los requisitos de fondo, ni que tuvieran que considerar ellos otro tipo de actos previos que pudieran interrumpir el plazo para considerar el silencio, más cuando esa labor correspondía a dicha Secretaria, votando en este caso de concesión, como en el posterior de anulación en consonancia con las directrices e informe de la secretaria municipal, por lo que tampoco aparece con un mínimo de claridad y rigor que esta actuación pueda considerarse delictiva a los efectos pretendidos.

En este sentido se manifiesta la entonces Secretaria municipal Sra. Teijeiro Campo en el plenario, donde declara como testigo y reseña que nadie les planteó a los miembros de la Junta de Gobierno cuestiones de fondo o la existencia de resolución alguna de suspensión de licencias y que la cuestión se limitó a resolver la procedencia y concesión por silencio.

Todas estas razones hacen innecesario indagar sobre la existencia del controvertido Rego do Lopo en la zona y la supuesta necesaria autorización de Aguas de Galicia para edificar en zona de policía de aguas o la también supuesta invasión de terreno público municipal, como sostiene en su imputación la acusación particular en representación de ADEGA respecto a la licencia nº 45, pues respecto del informe de la arquitecta concurriría prescripción y que en la votación y resolución, los miembros del gobierno local se limitaron a aprobar lo propuesto por la secretaria municipal sin advertencia de ilegalidad alguna por esta u otra cuestión.

**DÉCIMOCUARTO.-** A mayor abundamiento, nos encontramos que a día de la fecha se ha dictado la reciente Sentencia de 21 de diciembre de 2.018, nº 694/18 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en recurso nº 2486/17, respecto a cuestión concerniente al ámbito territorial en que nos encontramos, en asunto en que, por el delito similar que allí también se enjuiciaba de prevaricación administrativa y el análisis de los requisitos exigibles por la jurisprudencia en relación a la actuación de los allí acusados que, en parte, sería extrapolable al presente caso, debemos destacar que dicha resolución resalta lo siguiente:

“ El segundo delito condenado en la instancia, ha sido el de prevaricación. Se fundamenta en los siguientes hechos probados: Por el alcalde, ..., se convocó Pleno extraordinario, a celebrar el día 30/4/13 para acordar la sanción a imponer a la secretaria ....

En tal sesión de Pleno extraordinario y cuya única finalidad era acordar la sanción de destitución de la secretaria, se dispuso por el grupo de gobierno, formado además de por el alcalde..., por los concejales, .... y ..., todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, de forma intencionada y en su intención de deponer, de manera definitiva, a la

Secretaria, el votar a favor del acuerdo de destitución de ..., a sabiendas de la ilegalidad de tal acuerdo ya que el Pleno no era en ningún caso el órgano competente para imponer la sanción de destitución de la Secretaria, de lo que fueron advertidos por el concejal ...".

El delito de prevaricación se fundamenta en consecuencia en la votación a favor de resolver el expediente disciplinario abierto a la secretaria municipal con la sanción de destitución, que constituye el tipo objetivo, y a sabiendas, esto es, de forma intencionada, de la ilegalidad de tal acuerdo, ya que el pleno municipal no era el órgano competente para imponer tal sanción (elemento intencional).

Los recurrentes, por vía de infracción de ley y de vulneración de la presunción de inocencia, insisten ante esta Sala Casacional que no se cumple el tipo subjetivo. Alegan que no fueron advertidos en ningún caso de la ilegalidad de tal acuerdo por el secretario municipal, y que el órgano que tutela a la administración local, como es la dirección general correspondiente de la comunidad autónoma, precisamente había dictaminado lo contrario, esto es, la legalidad de tal acuerdo.

Nos centraremos en el análisis del tipo subjetivo, que requiere la intencionalidad dolosa, con dolo directo y no eventual, pues la expresión "a sabiendas" impide la concurrencia de una situación de potencial representación mental, y el obrar indiferente al respecto, sino que exige el tipo penal que el autor obre con conciencia y voluntad de querer infringir la norma, de una forma, no meramente ilegal, sino arbitraria.

El Código Penal ha querido restringir el ámbito del delito de prevaricación con objeto de deslindar mejor los ámbitos de control de la actuación de la administración pública, para que no sean más que los actos más reprochables, es decir, los actos arbitrarios, los que sean enjuiciados por la jurisdicción penal, dejando a la jurisdicción contencioso-administrativa el control ordinario de la actuación de la Administración.

Los principios de mínima intervención, fragmentariedad y última ratio obligan a considerar que no toda ilegalidad administrativa constituye delito. Como acertadamente se ha dicho, la relación entre las esferas del derecho administrativo y del derecho penal es la propia de círculos concéntricos con un diámetro mayor en la primera de ellas.

Desde el plano subjetivo, se requiere que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución que dicta. La [STS 797/2015, de 24 de noviembre](#), señala que el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", por lo que se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el [artículo 404](#) del [Código Penal](#), cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado ([STS 443/2008, de 1 de julio](#)).

En el caso enjuiciado, la Audiencia basa tal elemento subjetivo, es decir, la caracterización de estar obrando a sabiendas, tanto el alcalde como los concejales condenados, en que, en trámite de pleno, el concejal había manifestado que al tratarse de una funcionaria con habilitación nacional, tal sanción, según le habían informado los servicios jurídicos de su partido, no era competencia del pleno municipal.

Pero no toma en consideración el dato de que no hubo informe jurídico municipal en sentido contrario, y es más, la corporación contaba con el informe del Director General de la Administración Local, que avalaba el acuerdo que la Audiencia ha considerado prevaricador, en su aspecto subjetivo.

En efecto, el alcalde .... se dirigió a tal Dirección General, con fecha 25 de abril de 2013, solicitando a tal órgano consultivo de la Administración Local, perteneciente a la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, aclaración acerca de la propuesta del instructor del expediente disciplinario abierto a .... de imponer sanción de "traslado con cambio de residencia", al tratarse de un funcionario con habilitación de carácter nacional, lo que al alcalde le suscitaban dudas, rogándole que



a la mayor brevedad emitiera tal informe al respecto con el fin de poder resolver el expediente disciplinario referido.

El Director General firma el informe referido el día 26 de abril de 2013, y tras el estudio jurídico de la cuestión, en cinco hojas, llega a la conclusión de que para tal centro directivo, "la sanción disciplinaria a un funcionario con habilitación de carácter estatal de traslado con cambio de domicilio debe entenderse que esta puede ser sustituida por la de destitución de cargo".

En el pleno de la corporación municipal, celebrado el día 30 de abril de 2013, y tras analizarse los cargos propuestos por el instructor, por grave y efectiva perturbación del servicio, e incumplimiento de sus obligaciones legales, que por supuesto no son objeto de valoración en esta instancia casacional, acuerda imponer a ...., funcionaria municipal con habilitación nacional, la sanción de destitución del cargo como Secretaria-Interventora del Concello de Palas de Rei, con prohibición de obtener un nuevo destino durante un año. Igualmente se declara la prescripción de otras infracciones disciplinarias, y la inexistencia de hechos objeto de infracción en otros hechos investigados.

La Audiencia se plantea también esta cuestión, relativa al elemento subjetivo del delito.

En efecto, dice la Sala sentenciadora de instancia que el secretario presente debió advertir de la ilegalidad, y no lo hizo, y que el Director General, al contestar al Concello, debió igualmente advertir al Pleno que no era competente para imponer la sanción de destitución, y no precisamente sugerirla, añadimos nosotros.

Sin embargo, los jueces "a quibus" señalan al respecto que esos datos no impiden la responsabilidad penal de los acusados, sin que ello quede suficientemente explicado.

**Se desconoce así nuestra doctrina jurisprudencial, en tanto que hemos declarado que 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 que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador ( SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004).**

En consecuencia, procede estimar los motivos por infracción de la presunción de inocencia, y correlativos de infracción de ley, **dando como no probada la concurrencia de tal intencionalidad, por las dudas razonables que hemos señalado, y los datos expuestos de ausencia de informe municipal jurídico de advertencia de ilegalidad**, corroborado por el informe del Director General de la Administración Local de la Xunta de Galicia, que no solamente despejaba cualquier duda de ilegalidad, sino que sugería la posibilidad de sustituir la sanción de traslado por la destitución ".

**DÉCIMOQUINTO.-** En síntesis, es cierto que cabe preguntarse si la actuación de los acusados fue totalmente legal o ajustada a la legislación vigente lo cual nos entraña ciertas dudas, pero debido a las circunstancias concurrentes y requisitos exigidos, lo que tenemos que decidir es si su actuación estaba desprovista de toda interpretación razonable del ordenamiento jurídico aplicable a la materia sobre edificación y planeamiento existente en el Concello de Barreiros, sin que la respuesta pueda ser tajantemente positiva, pues desde este punto de vista la actuación de los acusados tenía cierta apoyatura legal, por cuanto cabía entender la posibilidad de encontrarse ante suelo consolidado debido a la existencia de redes de servicios y suministros en las parcelas, de modo que pudieran adquirir la condición de solares con obras accesorias.

Por otra parte y respecto de los acusados miembros de la Junta de Gobierno Local tampoco constan concurrieran informes jurídicos contundentes

sobre la improcedencia de la concesión de las licencias y, en todo caso, tampoco advertencia de la posible ilegalidad en la que podían estar incurriendo y, en base a todo ello, procede su absolución, sin perjuicio de lo que en otros órdenes jurisdiccionales se pueda resolver, aplicando también para ello, el postulado de "intervención mínima", propio del Derecho Penal por extensión del principio de legalidad, recogido en el art. 2.1 del Código Penal y refrendado en el art. 25.1 de la Constitución, procede absolver a los acusados ya que, no sólo no deben perseguirse los hechos que evidencian falta de trascendencia delictiva, sino que tampoco han de verse sujetas a procedimientos penales personas cuyas conductas, o no son claramente incriminables por falta de indicios, o son reprochables en campos jurídicos distintos del penal, como aquí se ha hecho con la incoación de procedimientos sancionadores en el campo administrativo en vista de los informes obrante a los folios 48 y ss. de las actuaciones y, todo ello, sin perjuicio de las acciones de toda índole que puedan corresponder a los perjudicados.

**DÉCIMOSEXTO.-** Conforme al artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar las costas de oficio.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

Que debo **absolver y absuelvo** a los acusados **JOSÉ ALFONSO FUENTE PARGA, JOSÉ MANUEL GÓMEZ PUENTE, EULOGIO MENÉNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>. ALINA RODRÍGUEZ DÍAZ, LORENZO PENABAD BOLAÑO, MARTA GEADA ARCA y JOSÉ ROJO BLANCO**, de la acusación formulada contra los mismos por delitos de prevaricación urbanística, declarando las costas de oficio.

Firme que sea la presente resolución expídase testimonio de la misma a la APLU, Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia, por tenerlo así interesado ( F. 48 ).

Esta sentencia, que se notificará a las partes, es apelable en el plazo de diez días desde su notificación mediante escrito, con firma de Letrado, que se presentará en este Juzgado en el que se expondrán ordenadamente las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de precepto constitucional o legal en las que se base la impugnación y se fijará un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia Provincial. Durante este período se encontrarán las actuaciones en la Secretaría de este Juzgado a disposición de las partes.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronuncio mando y firmo.

E/



**Publicación:** Leída y publicada fe la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe, en Lugo.



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA