



Sección: JP

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL

C./ Plaza San Agustín nº 6  
Las Palmas de Gran Canaria  
Teléfono: 928 32 50 07  
Fax.: 928 32 50 37

Email: [civilpenalstj.lpa@justiciaencanarias.org](mailto:civilpenalstj.lpa@justiciaencanarias.org)

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0001089/2009

Juzgado de Primera Instancia Nº 5 (antiguo P. Inst. e Instr. Nº 5) de Arrecife

Procedimiento: Procedimiento abreviado

Nº Procedimiento: 0000021/2015

NIG: 3500441220090011540

Resolución: Sentencia 000017/2017

Intervención:

Interviniente

Denunciante

Denunciante

Acusado

Acusado

Acusado

Acusado

Acusado

Acusado

Acusado

Acusado

Acusado

Acusado

Perjudicado

Perjudicado

Perjudicado

Perjudicado

Perjudicado

Interviniente:

ABOGADO DEL ESTADO

FRANCISCO JAVIER DIAZ REIXA SUAREZ

MINISTERIO FISCAL

JUAN LORENZO TAVIO SANTANA

GLADIS ACUÑA MACHIN

VICENTE JESUS BARTOLOME FUENTES

ANDRES MORALES GONZALEZ

LEONARDO RODRIGUEZ GARCIA

JOSE FRANCISCO REYES RODRIGUEZ

JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MARTIN

EVARISTO GARCIA PEREZ

MANUEL JESUS ISIDRO SPINOLA

PERDOMO

JUAN FRANCISCO ROSA MARRERO

OLGA Mª NEGRIN RAMOS

JOSE JUAN NEGRIN RAMOS

ABOGACÍA DEL ESTADO EN LAS PALMAS

OLGA Mª RAMOS DE PAIZ

Mª TERESA NEGRIN RAMOS

Procurador:

JOSE ANGEL RODRIGUEZ GIL

MARIA DEL PILAR GARCIA COELLO

PATRICIA MARIA SUAREZ DE TANGIL

PALOMINO

LIDIA SAINZ DE AJA CURBELO

MARIA DEL PILAR GARCIA COELLO

TANIA ALEJANDRA DOMINGUEZ LIMIÑANA

LIDIA SAINZ DE AJA CURBELO

MARIA DEL PILAR GARCIA COELLO

MARIA DEL CARMEN SOSA DORESTE

MARIA JESUS RIVERO HERRERA

FRANCISCO BETHENCOURT MANRIQUE

DE LARA

JULIA COSTA MINGUEZ

JULIA COSTA MINGUEZ

JULIA COSTA MINGUEZ

JULIA COSTA MINGUEZ

## SENTENCIA

**Presidente:**

**Excmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas.**

**Magistradas:**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Margarita Varona Faus.**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carla Vallejo Torres.**

En Las Palmas de Gran Canaria, a 11 de octubre de 2017.

Vista en juicio oral y público ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias el presente rollo de procedimiento abreviado nº 21/2015, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arrecife, (antes Juzgado 1<sup>a</sup> Instancia e Instrucción nº 5)





procedimiento abreviado nº 1089, en la que han sido partes acusadoras el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Ignacio Stampa Fuentes; la Asociación Transparencia Urbanística, como acción popular, representada por la procuradora D<sup>a</sup> Carmen Quintero Hernández, bajo la dirección legal de la abogada D<sup>a</sup> Irma Ferrer Peñate; la acusación particular promovida por D<sup>a</sup> Olga María Negrín Ramos, D. José Juan Negrín Ramos, y otros, representados por la procuradora D<sup>a</sup> Julia Costa Mínguez, bajo la dirección legal del abogado D. José Luis Sáez Reyes; el denunciante D. Francisco Javier Díaz-Reixa Suárez, representado por el procurador D. José Ángel Rodríguez Gil bajo la asistencia legal de la abogada D<sup>a</sup> Irma Ferrer Peñate; así como la Abogacía del Estado la cual no formuló conclusiones y no hizo acto de presencia en las sesiones del juicio oral.

La acusación se ha dirigido contra las siguientes personas:

1. D. **José Francisco Reyes Rodriguez,**

por los presuntos delitos de prevaricación del art. 404 del CP y de prevaricación urbanística del art. 320.2º del CP, representado por la procuradora D<sup>a</sup> Lidia Sainz de Aja Curbelo y asistido por el abogado D. José Enrique Gómez Rodríguez.

2. D. **Vicente Jesús Bartolomé Fuentes,**

por los presuntos delitos de prevaricación y prevaricación urbanística, tipificados, respectivamente, en los artículos 404 y 320.1º del CP; representado por la procuradora D<sup>a</sup> Lidia Sainz de Aja Curbelo y asistido por el abogado D. Luis Fernández Navajas.

3. D. **Andrés Miguel Morales González,**

por los presuntos delitos de prevaricación del art. 404 del CP y prevaricación urbanística del art. 320.1º del CP; representado por la procuradora D<sup>a</sup> Pilar García Coello y asistido por el abogado D. José González García.

4. D. **Manuel Jesús Isidro Spínola Perdomo,**

por un supuesto delito de prevaricación urbanística del art. 320.1º del CP; representado por la procuradora D<sup>a</sup> Pilar García Coello y asistido por la abogada D<sup>a</sup> Nieves África Zabala Fernández.

5. D. **Evaristo García Pérez,**

por un presunto delito de prevaricación urbanística del art. 320.2º del CP; representado por la procuradora D<sup>a</sup> María del Carmen Sosa Doreste y asistido por el abogado D. José Luis García Pérez.

6. D. **Juan Lorenzo Tavío Santana,**

por un presunto delito de prevaricación urbanística del art. 320.2º del CP; representado por la procuradora D<sup>a</sup> Pilar García Coello y asistido por la abogada D<sup>a</sup> Beatriz Díez-Labín Gázquez.





**7. D. Leonardo Rodríguez García,**

por un supuesto delito de prevaricación urbanística del art. 320.2º del CP, representado por la procuradora Dª Tania Domínguez Limiñana y asistido por la abogada Dª Beatriz Moya Torres.

**8. D. José Antonio Rodríguez Martín,**

por un supuesto delito de prevaricación medioambiental, cometido en comisión por omisión, del art. 329 del CP; o alternativamente como autor en comisión por omisión de un delito de prevaricación del art. 320 del CP, representado por la procuradora Dª Pilar García Coello y asistido por la abogada Dª Beatriz Díez-Labín Gázquez.

**9. Dª Gladis Acuña Machín,**

por los presuntos delitos de prevaricación urbanística del art. 320.2º del C. Penal y de prevaricación medioambiental, cometido en comisión por omisión, del art. 329 del CP, o alternativamente como autora en comisión por omisión de un delito de prevaricación del art. 320 del CP, representada por la procuradora Dª Patricia María Suárez de Tangil Palomino y asistida por el abogado D. Marcos Miguel Falcón Vega.

**10. D. Juan Francisco Rosa Marrero,**

por un supuesto delito de tráfico de influencias del art. 429 del CP, en concurso ideal con un delito de prevaricación del art. 320 del CP; representado por el procurador D. Francisco Bethencourt Manrique de Lara y asistido por el abogado D. José Antonio Choclán Montalvo.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Recibida en esta Sala la Exposición Razonada remitida por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Arrecife (antiguo Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5), de fecha 17 de septiembre de 2015, este Tribunal dictó Auto de 17 de noviembre de 2015 en virtud del cual la Sala declaró su competencia para el enjuiciamiento de la causa seguida contra la Excm. Sra. Dª Gladis Acuña Machín, Diputada del Parlamento de Canarias, y las demás personas enumeradas en el encabezamiento de esta sentencia, por los posibles delitos que asimismo se han reseñado.

**SEGUNDO.** Recibido en esta Sala el testimonio de las actuaciones correspondientes a los hechos y posibles delitos por los que se había declarado la competencia para su enjuiciamiento en el Auto de 17 de noviembre de 2015, y constando que ya había sido dictado el Auto de apertura de juicio oral por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Arrecife, se designó a la Ilma. Sra. Magistrada de esta Sala, Dª Carla Bellini Domínguez, para que, en calidad de Instructora, llevara a efecto las actuaciones pendientes de la denominada Fase Intermedia del Procedimiento Abreviado, conforme a los trámites previstos en los artículos 784 y ss. de la LECriminal.





Concluída la mencionada Fase Intermedia y adaptados por las partes sus escritos de calificación y defensa a los hechos y los posibles delitos por los que se había declarado competente la Sala, mediante oficio de fecha 13 de septiembre de 2016 se elevaron a esta Sala de lo Penal la totalidad de las actuaciones correspondientes al Procedimiento Abreviado nº 21/2015 y los testimonios del PA 1/2016 recibidos del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Arrecife.

**TERCERO.** Recibidas las actuaciones antes mencionadas el pasado día 19 de septiembre de 2016, junto con copia de los escritos de calificación de las partes, por diligencia de ordenación de la Sra. Letrada Judicial de igual fecha se acordó la formación del Rollo de Procedimiento Abreviado nº 21/2015, y que se librara oficio a la Secretaría de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia para la designación de Magistrado para completar Sala, al no poder formar parte de la misma Dª Carla Bellini Domínguez.

**CUARTO.** Por providencia de fecha 26 de octubre de 2016 se acordó que dado el volumen de la causa y la numerosa prueba solicitada por las partes, quedaran las actuaciones pendientes de su estudio por la Magistrada Ponente para la posterior decisión sobre la admisión de la prueba propuesta.

**QUINTO.** Mediante auto de 30 de noviembre de 2017 la Sala acordó declarar pertinentes las pruebas propuestas con las excepciones reseñadas en dicha resolución, pasando las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para el señalamiento de los días y horas en que habían de desarrollarse las sesiones del juicio oral: entre los días 19 y 23 de junio de 2017, en la sala de vistas del palacio de justicia de Arrecife, en la isla de Lanzarote.

**SEXTO.** Mediante diligencia de ordenación de 12 de enero de 2017 se unió a las actuaciones copia del Acuerdo de la Presidencia de este Tribunal Superior de Justicia por el que se designó a la Ilma. Sra. Dª Carla Vallejo Torres como Magistrada que completaba esta Sala para el enjuiciamiento de la presente causa en sustitución del Magistrado previamente designado, que renunció a la designación; asimismo se puso en conocimiento de las partes que la composición de aquella quedó como se describe en el encabezamiento de esta sentencia, correspondiendo la ponencia a la Ilma. Sra. Dª Margarita Varona Faus.

**SÉPTIMO.** En los días y horas señalados tuvieron lugar las sesiones del juicio oral, con asistencia de todas las partes y desarrolladas según lo reflejado en las correspondientes actas.

**Por el Ministerio Fiscal: se elevan a definitivas sus conclusiones modificando:**

F96.- 2ª conclusión hecho 4 apartado 2ª es una prevaricación omisiva medioambiental o urbanística del art. 320

F99.- 3ª conclusión hecho 3º apartado 3 subapartado A, en el concurso ideal, Juan Fco. Rosa es autor en el delito del art. 429 pero en el otro delito del art. 320.2 de be puntualizarse que es partícipe como inductor

F100.- 4ª conclusión J. Fco Rosa no ostenta la cualidad de funcionario del art. 65.3 del cp

F105.- 5ª conclusión. Pena a Fco. Rosa 1 año y 6 meses de prisión e inhabilitación especial por 7 años

La acusación particular y La acusación popular se adhirieron a la calificación definitiva del Ministerio Fiscal.





**OCTAVO.** Por Diligencia de fecha 30 de junio de 2017 de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala se hizo constar la recepción de los autos procedente del palacio justicia de Arrecife.

**NOVENO.** En el presente procedimiento se han observado todos los trámites legales, excepto el plazo para dictar sentencia dado el volumen de la causa, la resolución de causas con preso de carácter preferente y la inhabilidad del mes de Agosto, coincidente con el periodo de vacaciones anuales de los componentes de la Sala.

### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** El día 29 de julio de 2005, el empresario encausado, D. Juan Francisco Rosa Marrero, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en nombre y representación de la entidad Juan Francisco Rosa e Hijos, S.L., presentó escrito en el Ayuntamiento de Yaiza (Lanzarote) solicitando licencia de apertura de actividad clasificada de Bodega.

Cuando se presentó dicha solicitud, hacía al menos dos años que se había iniciado la construcción de la referida bodega, tras la obtención de la licencia municipal de obras aprobada por Decreto de fecha 27 de julio de 1999, dictado por el entonces Alcalde D. José Francisco Reyes Rodríguez, que concedía licencia para la restauración de una vivienda de 243 m<sup>2</sup> y la construcción de un almacén-bodega de 900 m<sup>2</sup> totalmente subterráneo. Estas obras de restauración y edificación habían sido autorizadas como trámite previo a la obtención de la licencia de obras por el Ilmo. Sr. Director General de Urbanismo del Gobierno de Canarias, en resolución n.º 467, de 24 de marzo de 1999, dictada en el expediente n.º 936/98, al ser aquel el órgano competente para otorgar la previa autorización al ubicarse las obras en suelo rústico, concretamente en el denominado Barranco del Obispo-La Geria, término municipal de Yaiza, y corresponder la competencia a la Dirección General de Urbanismo del Gobierno Autónomo, de conformidad con la disposición del art. 11 de la Ley 5/1987, de 7 de abril, sobre la ordenación urbanística del suelo rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias. La resolución de 24 de marzo de 1999 había concedido autorización para llevar a cabo la restauración de una vivienda de 243 m<sup>2</sup>, en planta y sótano, y la construcción de un almacén-bodega de 900 m<sup>2</sup>, totalmente subterráneo.

**SEGUNDO.-** Presentada la solicitud de licencia de actividad, el encausado, D. Vicente Jesús Bartolomé Fuentes, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, Secretario en aquellas fechas del Ayuntamiento de Yaiza, emitió informe jurídico de fecha 1 de agosto de 2005, por virtud del cual venía a considerar procedente el inicio de la tramitación del expediente de actividades clasificadas y determinaba los informes técnicos que se habían de recabar, el trámite de información pública que había de darse al expediente y la necesidad de solicitar al Cabildo Insular de Lanzarote el informe de calificación de la actividad, de conformidad con los trámites establecidos en la Ley canaria 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas. Sin embargo, no obstante su condición de Secretario municipal titular y, por ello, de técnico jurídico del Ayuntamiento, y debiendo haberse pronunciado al respecto, procedió a informar de forma favorable a la iniciación de la tramitación





del expediente de licencia de actividad clasificada, sin valorar ni incorporar al contenido del informe que era imposible su concesión a la vista del planeamiento territorial y urbanístico, lo cual debió llevar a hacer uso de lo prevenido en el art. 16.1 de la ley 1/98 que categóricamente impide la instrucción de expediente de otorgamiento de la licencia de actividad clasificada cuando procede su denegación expresa por razones de competencia municipal, que en este caso eran evidentes conforme al Plan Insular de Ordenación Territorial y al propio Plan General de Ordenación Urbana de Yaiza, además de haber una discordancia entre la actividad pretendida y el planeamiento, y, ello, en base a la solicitud de un empresario residente en el municipio y con importantes intereses económicos en aquel. El Secretario municipal dictaminó sobre una cuestión que era decisiva porque, conforme al precepto mencionado, exigía determinar si en ese estadio inicial procedía la tramitación del expediente o bien la denegación expresa de la licencia, con las consecuencias jurídicas que de ello se hubieran derivado para el administrado. Además, hubiera podido reflejar en su informe la exigencia de solicitar al Cabildo, como trámite necesario del expediente, el informe de compatibilidad de la actividad solicitada con el Plan Insular de Ordenación Territorial impuesto por el Apartado A.3) de las Disposiciones Transitorias recogidas en el artículo 6.1.2.1 del Decreto 63/1991, de 9 de abril, que aprueba definitivamente el PIOT de Lanzarote, ante la falta de adaptación a dicho PIOT del Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Yaiza, de fecha 31 de marzo de 1974.

**TERCERO.-** El encausado D. Andrés Morales González, mayor de edad y sin antecedentes penales, Ingeniero Industrial adscrito al Departamento de Actividades Clasificadas de la Oficina Técnica del Ayuntamiento de Yaiza, asumiendo la emisión de un informe que llevó a efecto en fecha 12 de agosto de 2005, consideró favorable la iniciación de los trámites de apertura de la actividad de bodega solicitada, ya que, “Vistos el proyecto, la memoria y demás documentos y consultados los antecedentes relativos a la ordenación urbana de este Municipio, tiene el honor de informar: 1.- El proyecto de la actividad solicitada contempla las condiciones exigibles por las normativas actuales. 2.- El emplazamiento está de acuerdo con las ordenanzas municipales y cuenta con la preceptiva autorización de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias” (en referencia a la autorización del Director General de Urbanismo del Gobierno Autónomo, de 24 de marzo de 1999), cuando lo adecuado era informar desfavorablemente a la procedencia de la iniciación del trámite del expediente y el proponer la denegación expresa de la licencia por razones de competencia municipal, basadas en el planeamiento urbanístico. De hecho, el Sr. Morales González se había pronunciado en su informe en el sentido de afirmar que el emplazamiento estaba de acuerdo con las ordenanzas municipales, emitiendo así un dictamen acerca de una cuestión esencial sobre la que había de pronunciarse en ese momento inicial, esto es, si era o no procedente el inicio del trámite del expediente o la denegación expresa de la licencia, cuando este segundo supuesto estaba expresamente contemplado en la norma del artículo 16.1 de la Ley autonómica 1/98 e impedía, caso de concurrir, la tramitación del expediente. Igualmente podría haberse anticipado la necesidad de dar curso al trámite de solicitud de compatibilidad ante el Cabildo, que hubiera adelantado la respuesta negativa a la licencia conforme a la normativa del PIOT de Lanzarote. Dicho informe se emitió con fundamento en la solicitud formulada por D. Juan Francisco Rosa Marrero y la documentación adjunta a la misma, siendo este empresario “medio familia” del Sr. Morales y haber tenido como empleado a un tío de éste.





**CUARTO.-** Efectuados los informes del Secretario y del Técnico municipal, de fechas 1 y 12 de agosto respectivamente, en Decreto firmado el mismo día 12 de agosto de 2005, el encausado, D. José Francisco Reyes Rodríguez, que en aquellas fechas era el Alcalde del Ayuntamiento de Yaiza, y, por tanto, concededor de la naturaleza de Suelo Rústico de Protección Especial que el PGOU del municipio de Yaiza que él regía otorgaba a la zona de La Geria, así como de las determinaciones y directrices que con respecto al mismo establecía el PIOT de Lanzarote, resolvió lo siguiente: “DECRETO: examinada la petición para el ejercicio de la actividad de INSTALACIÓN DE BODEGA formulada por D. JUAN FRANCISCO ROSA MARRERO EN REP. DE JUAN FRANCISCO ROSA MARRERO E HIJOS S.L.

RESUELVO: procédase a tramitar el oportuno expediente con arreglo a la Ley 1/98 de 8 de enero”. En dicha resolución no se valoró por el Sr. Alcalde que, dadas las determinaciones y directrices del planeamiento insular y las propias normas urbanísticas municipales, de las que era concededor dado el número de años que llevaba ya al frente de la Alcaldía, no era procedente el tramitar el expediente de licencia de actividad sino el decretar la denegación expresa de la licencia, de conformidad con el artículo 16.1 de la Ley 1/98, con remisión al Cabildo Insular de Lanzarote del proyecto presentado, constituyendo así la sola solicitud de licencia de actividad presentada por D. Juan Francisco Rosa Marrero, el interés personal del mismo en el otorgamiento y la propia voluntad del encausado el fundamento de la resolución, dadas las expresas limitaciones del uso del suelo que imponía el propio PGOU de Yaiza. El encausado era además concededor de las pretensiones de D. Juan Francisco Rosa Marrero de ejercer la actividad de bodega pues ya en aquella fecha se estaban levantando las instalaciones de la misma en el término municipal de Yaiza y, además, había sido el encausado quien había otorgado la licencia de obras en el año 1999.

En virtud de la referida resolución se procedió a la incoación y tramitación del expediente n.º 32/05, de Actividad Clasificada, y, en la misma fecha, se procedió por el Secretario del Ayuntamiento, el encausado Vicente Jesús Bartolomé Fuentes, a realizar las siguientes actuaciones: 1) Se remitió al Cabildo Insular de Lanzarote el Proyecto Técnico presentado con la solicitud de licencia de actividad, a fin de que se procediera a iniciar el preceptivo expediente de calificación, 2) Se trasladó a la Sección de Salud Pública la solicitud efectuada para emisión del correspondiente informe, 3) Se notificó a D<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> del Carmen Rodríguez Ferrer la solicitud de licencia municipal para instalación de Bodega, a fin de que en el plazo de veinte días hábiles pudiera formular las observaciones pertinentes, caso de verse afectada de algún modo por la actividad de referencia, y 4) Se dispuso la publicación mediante Edictos de la solicitud formulada, para que quienes se consideraran afectados pudieran formular por escrito las observaciones pertinentes en el plazo de veinte días hábiles. Tales Edictos fueron publicados en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas, de fecha 2 de septiembre de 2005, y en el Periódico La Provincia, en su edición del día 23 de agosto de 2005.

**QUINTO.-** En fecha 29 de mayo de 2006, Andrés Morales González emitió el informe técnico, que, con carácter preceptivo, exige el artículo 16.b de la Ley 1/1998 de Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas una vez iniciada la instrucción del expediente, y que impone al mismo un contenido mínimo, exigiendo en todo caso que se pronunciara sobre la “adecuación del proyecto a la normativa urbanística de aplicación y a las ordenanzas municipales”. En dicho





informe , ya incoado expediente n.º 32/05, el acusado se pronunciaba favorablemente sobre la concesión de la licencia de actividad, en base a lo siguiente: “Vistos del proyecto, la memoria y demás documentos y las actuaciones del Expediente, y consultados los antecedentes relativos a la ordenación urbana de este Municipio, tiene el honor de informar: 1.- Por su naturaleza y características y en armonía con las prescripciones de la Ley 1/1998 de 8 de enero del Régimen Jurídico del Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, así como el Reglamento de 30 de noviembre de 1961 de Actividades Insalubres, Nocivas, Molestas y Peligrosas en lo que no se oponga o no se encuentre regulado en la expresada Ley Canaria, la actividad de que nos ocupamos puede calificarse como **MOLESTA, por ruidos y vibraciones, y PELIGROSA, por la manipulación de gases inflamables.** 2.- El emplazamiento cuenta con la autorización de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias. 3.- En la misma zona o en sus proximidades **si** existen actividades análogas que pueden producir efectos aditivos. 4.- **No** se han producido alegaciones en el tiempo de exposición al público”.

Al tiempo de la emisión de este informe, el acusado, que ya había visto el Proyecto Básico, Memoria y demás documentos acompañados a la solicitud de licencia de actividad, Proyecto visado por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales en fecha 1 de julio de 2005, y, por tanto, ya era conocedor de que aquel no se adecuaba al PGOU de Yaiza ni a la normativa del Plan Insular, sin embargo consideró favorable la instalación de dicha actividad no obstante conocer también que el Proyecto de Equipamiento e Instalaciones para Bodega, visado en fecha 17 de febrero de 2006, que fue presentado en el Ayuntamiento de Yaiza por el promotor de la actividad mediante escrito de fecha 8 de marzo de 2006 (Registro de entrada en el Ayuntamiento en fecha 9 de marzo de 2006), tampoco se adecuaba a las previsiones del PGOU de Yaiza ni al PIOT de Lanzarote. Tampoco se tuvo en cuenta que era necesario el proponer como trámite preceptivo del expediente el informe de compatibilidad exigido por la Disposición Transitoria A.3 del PIOT.

**SEXTO.-** El día 29 de mayo de 2006, el encausado José Francisco Reyes Rodríguez, una vez emitido informe técnico de la misma fecha por Andrés Morales González, firmó en el expediente 32/05 el encabezado como INFORME MUNICIPAL, en el que textualmente consta lo siguiente: DECRETO.- EN YAIZA A 29 DE MAYO DE DOS MIL SEIS

Visto el expediente que se tramita a instancia de D. JUAN FRANCISCO ROSA MARRERO EN REP. DE JUAN FRANCISCO ROSA E HIJOS S.L. HA SOLICITADO LICENCIA MUNICIPAL PARA INSTALACIÓN DE BODEGA CON EMPLAZAMIENTO EN BARRANCO DEL OBISPO EN LA GERIA T.M. DE YAIZA

CONSIDERANDO que cumplidos los trámites prevenidos y aportados los informes de los técnicos competentes, aparece acreditado que el emplazamiento de la actividad y las circunstancias de orden que lo caracteriza están de acuerdo con las ordenanzas municipales. Por la presente RESUELVO en orden a las facultades que me confiere el vigente ordenamiento jurídico local emitir informe en el sentido de que procede conceder la licencia solicitada y que se remita el expediente completo tramitado al CABILDO INSULAR DE LANZAROTE a los efectos procedentes.-”.

**SÉPTIMO.-** Una vez recibido por el Cabildo Insular de Lanzarote el Proyecto Básico de Equipamiento e Instalaciones de Bodega acompañado a la solicitud de licencia de actividad, y que había sido remitido por el Secretario del Ayuntamiento de Yaiza el 12 de agosto de 2005,







fue incoado por dicho organismo el expediente de Actividades Clasificadas número 217/05. El encausado, D. Manuel Jesús Spínola Perdomo, mayor de edad y sin antecedentes penales, Ingeniero Industrial adscrito al Departamento de Actividades Clasificadas del Cabildo de Lanzarote, emitió informe desfavorable a la calificación de la actividad, de fecha 8 de septiembre de 2005, por falta del proyecto de instalaciones. Junto a dicho informe técnico se emitió también informe jurídico-urbanístico interno por la técnico D<sup>a</sup> Amada Fontes Ramos, de fecha 6 de septiembre de 2005, en el que se concluye que de acuerdo con la Normativa Urbanística de aplicación, el EMPLAZAMIENTO no es apto para la actividad solicitada, haciendo constar como Observaciones que “el uso de la bodega en el tipo de suelo C 2.1 no está permitido, pero existe una autorización del Gobierno de Canarias de fecha 24 de marzo de 1999, expediente 936/98 (03-3-AUD/ngh), en el que se autoriza la construcción de una bodega”. Los referidos informes fueron notificados a la entidad Juan Francisco Rosa e Hijos, S.L. por comunicación de fecha 26 de septiembre de 2005, suscrita por el Sr. Spínola Perdomo, requiriéndose también a la entidad solicitante de la licencia de actividad para que en el plazo de un mes se subsanaran las deficiencias señaladas y se presentara tanto en el Cabildo como en el Ayuntamiento la documentación requerida, visada por el correspondiente colegio profesional.

Solicitada por la entidad Juan Francisco Rosa e Hijos, S.L. ampliación a dos meses del plazo inicialmente concedido para la presentación del proyecto de instalaciones, aquella le fue concedida por el Consejero del área de actividades clasificadas en fecha 26 de octubre de 2005.

El 17 de marzo de 2006, el Ayuntamiento de Yaiza remitió al Cabildo Insular de Lanzarote el Anexo presentado por el encausado Juan Francisco Rosa Marrero, en representación de la entidad Juan Francisco Rosa e Hijos S.L., y en fecha 5 de mayo de 2006, el encausado Manuel Jesús Spínola Marrero, volvió a emitir informe desfavorable a la calificación de la actividad en los siguientes términos: “Deberá adaptarse el proyecto a la NBE CA 88 y ordenanzas municipales de ruidos”. El día 1 de junio de 2006, el propio Sr. Spínola Perdomo vuelve a comunicar al solicitante de la licencia de actividad la deficiencia apreciada en el proyecto y le requiere para su subsanación y para la presentación en el Cabildo y en el Ayuntamiento de la documentación en el plazo de un mes, visada por el colegio profesional respectivo. En dicha comunicación, además del informe del Sr. Spínola, se incluye el contenido del informe y observaciones que había hecho la técnico D<sup>a</sup> Amada Fontes Ramos. Los referidos informes negativos emitidos por Manuel Spínola fueron también comunicados al Ayuntamiento de Yaiza.

El día 15 de junio de 2006 tuvo entrada en el Registro General de Entradas del Cabildo de Lanzarote el escrito presentado por Juan Francisco Rosa Marrero, en representación de la entidad BTL LANZAROTE, S.L. (sociedad constituida en escritura pública de 11 de diciembre de 1996, y que por virtud de lo acordado en escritura pública de 28 de diciembre de 2005, de fusión por absorción, había absorbido a la entidad Juan Francisco Rosa e Hijos, S.L.), en virtud del cual envía la documentación solicitada en el requerimiento de fecha 1 de junio de 2006, acompañando al efecto 3 ejemplares Anexo a proyecto visados. Al día siguiente, el 16 de junio de 2006, el encausado Manuel Jesús Spínola Perdomo emite informe favorable a la calificación de la actividad, considerando que las medidas correctoras son de acuerdo a normativa y determinando el nivel máximo de ruidos en interior en 70 decibelios y un aforo de 46 personas.





En resolución n.º 2461, de fecha 19 de junio de 2006, el Consejero Delegado de Actividades Clasificadas del Cabildo de Lanzarote, resuelve informar favorablemente la actividad solicitada; también hace constar que la zona donde se ubica la actividad ha sido calificada en informe emitido por la Oficina del PIO como zona no apta, reproduciendo las observaciones que había efectuado la técnico D<sup>a</sup> Amada Fontes en su informe urbanístico del 6 de septiembre de 2005, y acuerda notificar la resolución al Ayuntamiento de Yaiza a los efectos previstos en la Ley, lo que así se llevaría a efecto el día 20 de septiembre de 2006.

**OCTAVO.-** En virtud del traslado de la solicitud de licencia y del proyecto básico presentado, acordado el 12 de agosto de 2005 por el encausado Vicente Jesús Bartolomé Fuentes en el expediente 32/05, para informe por la Sección de Salud Pública, la técnico Inspectora de Salud Pública de la Dirección de Área de Salud de Lanzarote, D<sup>a</sup> Marta Betancort Correa, emitió los siguientes informes para el referido expediente: **1º).**- Informe sanitario de fecha 14 de junio de 2006, de carácter negativo, en base a las siguientes deficiencias: 1) La legislación sanitaria que se refleja en la documentación presentada no está vigente. 2) No refleja el almacenamiento de envases. 3) Del estudio de la documentación presentada no se puede valorar el cumplimiento del R.D. 140/2003, de 7 de febrero, Criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano (B.O.E 21 de febrero de 2003); En especial la aplicación de su Art. 11. punto 1., establece que “los depósitos de instalaciones interiores deberán situarse por encima del nivel del alcantarillado, estando siempre tapado y dotado de desagüe que permita su vaciado total, limpieza y desinfección”. 4) Asimismo, no refleja el proveedor autorizado de agua de consumo humano, y 5) No refleja las condiciones de saneamiento puesto que no existe en la zona alcantarillado público. Se informa igualmente por la técnico que para el desarrollo de esta actividad requiere Inscripción en el Registro General Sanitario de Alimentos tal como se establece en el R.D. 1712/1991. **2º).**- Informe sanitario negativo de 5 de octubre de 2006, en el que la técnico, vista la información y documentación aportada (Anexo), concluye en lo siguiente: 1) Dado que del estudio de la documentación presentada no se puede valorar el cumplimiento del RD 140/2003, de 7 de febrero, Criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano, (BOE 21 de febrero de 2003); puesto que el Anexo no aclara, ni presenta plano del depósito de almacenamiento de agua, la comprobación del cumplimiento del mencionado R.D., se hará en la inspección de funcionamiento. 2) No observo en este anexo la documentación que en el mismo cita sobre el proveedor autorizado de agua de consumo humano. 3) Se solicita de ese Ayuntamiento el informe técnico emitido por el técnico correspondiente al proyecto de Fosa Séptica y Pozo Filtrante para el vertido de aguas residuales industriales, tal y como las define el “Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables para el tratamiento de las aguas residuales urbanas”, resultantes de la actividad de la industria y de la limpieza de tanques y superficies de la bodega, al que hace mención en el presente anexo, para en base al mismo poder emitir un informe de adecuación a las normas higiénico-sanitarias, para conocer si es acorde a las normas técnicas y la legislación vigente en materia. **3º).**- Informe dirigido a la Alcaldesa del Ayuntamiento de Yaiza, la encausada Gladys Acuña Machín, de fecha 8 de julio de 2008, en el que textualmente se contiene lo siguiente: “previa consulta de cuantos antecedentes ha considerado oportunos y girada visita de inspección con objeto de la solicitud de Autorización Inicial de Registro General Sanitario de Alimentos para la actividad de “Elaboración y





almacenamiento de vinos” desarrollada en la instalación de BODEGA presentado por BTL LANZAROTE S.L y que al parecer ha absorbido a la sociedad JUAN FRANCISCO ROSA E HIJOS S.L., que solicitó a su vez apertura de BODEGA con emplazamiento en Barranco del Obispo, en la Geria, T.M. de Yaiza con n.º de Exp. 32/05, observa en la inspección que en la mencionada bodega también cuenta con Comercio Minorista de Alimentación, así como con Bar-Cafetería, lo que le informa a los efectos que estimen oportunos”. **4º).**- Informe de 12 de agosto de 2008, dirigido a la Sra. Alcaldesa, en el que, de una parte, hace constar que no se ha recibido en esa Dirección el informe técnico que había solicitado al Ayuntamiento en su informe sanitario negativo de fecha 5 de octubre de 2006, y, de otra, reitera que, girada visita de inspección a la Bodega, se observa que presenta un establecimiento de Comidas Preparadas y un Comercio Minorista de Alimentación, e informa que se desconoce si la red de evacuación de aguas residuales es suficiente, concebida y construida de modo que se evite todo riesgo de contaminación, tal como la legislación sanitaria establece para las actividades de fabricación, elaboración, envasado, almacenamiento, y en general manipulación de alimentos; reitera la necesidad del informe técnico competente o la correspondiente autorización, resultando éste igualmente indispensable para la tramitación de la inscripción en el registro General Sanitario de Alimentos de esta industria, y concluye que el informe sanitario para el proyecto de instalación de BODEGA sigue siendo negativo. **5º).**- El día 3 de diciembre de 2008, D<sup>a</sup> Marta Betancort Correa lleva a cabo una inspección en la Bodega Stratus (nombre comercial bajo el que se realiza la actividad de bodega), en presencia del enólogo de la misma, a los efectos de la solicitud de Inscripción Inicial en el Registro General Sanitario de Alimentos para elaboración, embotellado y almacén de vinos, y concluye lo siguiente: “Realizada la inspección a la bodega y sus instalaciones para la elaboración, embotellado y almacén de vinos, estudiada la documentación adjunta a la solicitud de Inscripción inicial, se observa que reúne condiciones higiénico-sanitarias para la inscripción en el Registro General Sanitario de Alimentos”. **6º).**- Por último, D<sup>a</sup> Marta Betancort Correa dirige informe a la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Yaiza, de fecha 9 de diciembre de 2008, en el que, con el fin de dar cumplimiento a la solicitud de informe sanitario para la actividad de apertura de Bodega, informa lo siguiente: “Dada la resolución n.º 111/08, de Autorización provisional emitida por el Consejo Insular de Aguas de Lanzarote para la gestión de las aguas residuales de la “BODEGA”, con la infraestructura actual de red de evacuación de las aguas residuales. Entendiendo por tanto, no es suficiente, concebida y construida de modo que se evite todo riesgo de contaminación, tal y como la legislación sanitaria establece para las actividades de fabricación, elaboración, envasado, almacenamiento, y en general manipulación de alimentos. Por tanto, el informe sanitario para la instalación de BODEGA, sigue siendo negativo. Lo que les comunica a los efectos que procedan”.

**NOVENO.**- El día 24 de noviembre de 2008, el Vicepresidente del Consejo Insular de Aguas de Lanzarote dictó la resolución n.º 111/08, por virtud de la cual, en virtud del informe técnico emitido en el expediente 41-Planta Depuradora (en referencia a la unidad 41 de Planta Depuradora contemplada en el Proyecto Básico de Equipamiento e Instalaciones de Bodega), resuelve “Autorizar provisionalmente sin posibilidad de prórroga, y siempre que en todo caso se garantice la calidad de las aguas mediante analíticas periódicas, con carácter mensual para garantizar su salubridad y en el bien entendido de que, si en todo momento se detectara por cualquier medio que no se cumple lo anterior, sería revocada automáticamente dicha





autorización provisional, que también quedaría revocada si antes del término del plazo, fuese concedida autorización definitiva, todo ello, sin perjuicio de cualquier otra autorización que exija la legislación vigente”. La referida autorización provisional de vertidos fue concedida por un plazo de seis meses, en virtud de solicitud formulada por Juan Francisco Rosa Marrero, en nombre y representación de BTL LANZAROTE, S.L., en escrito de fecha 19 de noviembre de 2008. En el primero de los Considerandos de la mencionada resolución se hace constar expresamente “Que debe consignarse que se trata de una industria en pleno funcionamiento...”. Con carácter previo a que fuera dictada la resolución de 24 de noviembre de 2008, el técnico municipal Andrés Morales González había emitido informe de fecha 8 de julio de 2008, en el expediente 32/05, en el que dictaminaba que “Al tratarse de una actividad industrial, el vertido de aguas residuales a un pozo filtrante deberá ser autorizado por el Consejo Insular de Aguas”.

**DÉCIMO.-** En fecha 17 de diciembre de 2008, por la Dirección General de Salud Pública del Gobierno de Canarias se resuelve otorgar la Autorización Sanitaria de Inscripción en el Registro General Sanitario de Alimentos a la empresa antes citada (BTL LANZAROTE, S.L.) para el ejercicio de la actividad de Elaboración, Envasado y Almacenamiento de Vino , indicándole que el ejercicio de actividad diferente debe ser objeto de otra autorización.

**UNDÉCIMO.-** Teniendo conocimiento del expediente de licencia de actividad n.º 32/2015 y la posibilidad de acceder al mismo, así como el conocimiento, o al menos la posibilidad de obtenerlo, de la ausencia de un trámite fundamental y obligatorio del expediente, cual era la falta del informe de compatibilidad del Cabildo Insular que establece el apartado A.3 de las Disposiciones Transitorias del PIOT de Lanzarote, el día 19 de diciembre de 2008, en sesión extraordinaria de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Yaiza, integrada por los encausados, Excmá. Sra. D<sup>a</sup> Gladys Acuña Martín, Alcaldesa de Yaiza y Diputada del Parlamento de Canarias, mayor de edad, sin antecedentes penales y Letrada de profesión y los Concejales D. Leonardo Rodríguez García, también Abogado de profesión, D. Evaristo García Pérez y D. Juan Lorenzo Tavío Santana, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, “Visto el expediente 32/05 y los informes obrantes en el mismo, emitidos por los servicios técnicos correspondientes, así como la calificación hecha por la Comisión de Actividades Clasificadas del Cabildo Insular de Lanzarote, que ha informado favorablemente la concesión de la licencia, ACUERDA: PRIMERO.- CONCEDER A BTL LANZAROTE la licencia municipal solicitada, con arreglo a las siguientes condiciones:

a) No podrá comenzar a ejercerse la actividad, sin que antes se gire visita de comprobación por los Técnicos municipales competentes, acerca de la adecuación del local al Proyecto presentado y, en su caso, del cumplimiento de las medidas correctoras que se hubieren establecido.

El interesado deberá comunicar a este Ayuntamiento la TERMINACIÓN DE LAS OBRAS y la realización de la instalación, debiendo aportar, entre otros documentos certificado final del proyecto industrial, boletines eléctrico y de extintores y LICENCIA DE 1<sup>a</sup> OCUPACIÓN de la obra referida, que deberá tramitar ante la Oficina Técnica del Ayuntamiento.

b) El Ayuntamiento podrá ejercer en la forma prevenida, cuantas facultades o funciones se contemplen en la Ley 1/1998, de la Comunidad Autónoma de Canarias y, en general, en cualquier disposición legal aplicable.





- c) La licencia se entenderá otorgada sin perjuicio de las autorizaciones a conceder por otros Organismos competentes
- d) Al propio tiempo, se entenderá otorgada salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de terceros.
- e) El documento en que se formalice la licencia figurará en el establecimiento en lugar bien visible para el público y estará a disposición de la inspección correspondiente
- f) Deberá estar en posesión en todo momento, de la correspondiente y pertinente autorización del Consejo Insular de Aguas en lo tocante a garantizar la calidad de las aguas mediante analíticas de carácter mensual para garantizar su salubridad”.

**DUODÉCIMO.-** Presente el Secretario del Ayuntamiento en la referida sesión extraordinaria de la Junta de Gobierno Local, sin que conste la presencia en la misma de técnico municipal alguno de la Oficina Técnica o, caso de haber estado presente, sin que se haya identificado ni reseñado en el Acta el técnico que pudiera haber acudido a aquella, el encausado, Vicente Jesús Bartolomé Fuentes, informó favorablemente y de forma verbal a la Junta de Gobierno de la procedencia del otorgamiento de la licencia, al ser favorables a ello todos los informes recabados, cuando, en su obligación de velar por el cumplimiento de la legalidad, tenía el deber de advertir e informar a la Junta que la normativa del PIOT de Lanzarote sólo autorizaba como compatible con la calificación del suelo (Suelo Rústico de Protección. Zonas de Valor Paisajístico -C2- . Paisajes Singulares -C2.1) el uso recreativo, conforme establece el artículo 4.2.2.6 del PIOT de 1991, dado que, además, el artículo 1.1.1.1, 3), apartado d) del mismo determina el carácter superior jerárquico del plan de ordenación territorial respecto al planeamiento municipal. Así mismo, en su informe a la Junta de Gobierno tenía que advertir que el PGOU de Yaiza, de fecha 31 de marzo de 1974, vigente en la fecha de solicitud de la licencia, consideraba a la zona de La Geria como Suelo Rústico de Protección. Protecciones Especiales, y en él se establecía literalmente lo siguiente: “La zona de La Geria, que por su especial conformación y su paisaje espectacular podría considerarse un Parque de Turismo, mantendrá estas características especiales y no se permitirán en ella Planes Parciales de ningún tipo, tendentes a modificar o reordenar la zona. No se permitirán la instalación de industrias de ningún tipo, ni aunque sean vitivinícolas. No se considera industrial a estos efectos los lagares y bodegas”, siendo así que en los Proyectos Básico y de Equipamiento e Instalaciones para Bodega presentados en el Ayuntamiento por el promotor se diseñaban instalaciones propias de una industria vitivinícola. Además de ello, era conocedor de la falta de cumplimentación en el expediente del trámite de informe previo y preceptivo de compatibilidad.

**DECIMOTERCERO.-** Por su parte, los miembros de la Junta de Gobierno procedieron a autorizar la licencia aun teniendo a su disposición el expediente en el que constaban los informes de salud pública donde se refería que el complejo ya estaba construido y contaba con un comercio minorista y un bar cafetería. De igual forma todos ellos eran conscientes de que estaban otorgando una licencia de actividad, cuya concesión había de ser previa al inicio de las obras y no autoriza el inicio de la industria, cuando la instalación en cuestión ya estaba en funcionamiento, conforme se había indicado por el Vicepresidente del Consejo Insular de Aguas en su resolución de 24 de noviembre de 2008, al consignar expresamente en ella que se trata de una industria en pleno funcionamiento, y, además, incluía actividades para las que no se había solicitado licencia como un restaurante y una tienda cafetería. De hecho, además,





siete meses antes de que se reuniera la Junta de Gobierno Local y otorgara la licencia de actividad, el día 2 de Mayo de 2008 el encausado, Juan Francisco Rosa Marrero, hizo una presentación-inauguración de la bodega y del Complejo Stratus, a la que, entre otros políticos y personas de la sociedad canaria y profesionales del mundo vitivinícola, fueron invitados y acudieron la Alcaldesa y los Concejales encausados. En dicho acto se mostraron las instalaciones del Complejo Stratus a los asistentes y les fue ofrecido el vino producido en la bodega. La Alcaldesa encausada, entre otras manifestaciones efectuadas por invitados al acto, declaró en aquel momento lo siguiente: “Me parece que las Bodegas Stratus es una obra de una envergadura sin precedentes en la isla”, indicando también “que es evidente que la inversión ha sido importante”, según recogió la revista Lancelot en la edición del día 9 de mayo de 2008.

**DECIMOCUARTO.-** Antes de que se procediera a la concesión de la licencia de actividad el día 19 de diciembre de 2008, entre los encausados, Juan Francisco Rosa Marrero y el Concejales Leonardo Rodríguez García, se produjeron las siguientes llamadas, conversaciones y mensajes de voz: **1ª).**- Llamada del día 24 de octubre de 2008, a las 17:38 h, en la que Leonardo Rodríguez llama a Juan Francisco Rosa Marrero, en contestación a una previa llamada que éste había hecho a aquel, y el Sr. Rosa le pregunta a Leonardo Rodríguez por cómo va el Plan General; también hacen referencia a la persona a quien ha correspondido ser el redactor del mismo, y habla de lo que le comentó sobre una rotonda, a lo que Leonardo responde que la cosa no está clara, que ya lo irá viendo el redactor del Plan y la Consejería. **2ª).**- Mensaje de voz que recibe Leonardo Rodríguez de la secretaria del Sr. Rosa Marrero, el día 27 de noviembre de 2008, a las 11:13 h, en el que le dice lo siguiente: “Hola buenos días, el señor Leonardo, le llamo de parte del señor D. Juan Francisco Rosa, a ver si por favor le puede llamar al 928816000, gracias”. **3ª).**- Mensaje de voz que recibe Leonardo Rodríguez el 27 de noviembre de 2008, a las 12:17 h de Juan Francisco Rosa, en el que le dice lo siguiente: “Leonardo, soy Juan Francisco Rosa, tu me llamas cuando puedas, gracias”. **4ª).**- Llamada del día 27 de noviembre de 2008, a las 14:38 h, en la que Leonardo Rodríguez llama a Juan Francisco Rosa, probablemente en respuesta a los mensajes de voz anteriores, y éste le pide que le busque un hueco para hablar con él para ver cómo sigue lo del Plan; también se interesa por la “gente de Salatín” y algo del Planeamiento que parece afectar a aquellas personas que menciona, a lo que Leonardo responde que aquello no es viable, y quedan en concretar el día en que podrán reunirse. **5ª).**- Mensaje de voz que recibe Leonardo Rodríguez de la secretaria del Sr. Rosa, el día 18 de diciembre de 2008, a las 9:47 h, en la que le dice: “Hola buenos días Leonardo, soy Cristina, la secretaria de Juan Francisco Rosa, nada, por favor, llamame cuando puedas que te voy a comentar un tema de la bodega, muchas gracias, hasta luego. **6ª).**- Llamada que recibe Leonardo Rodríguez el día 18 de diciembre de 2008, a las 15:09h, en la que le pasan con Juan Francisco Rosa, y éste le habla de un tal Antonio Curbelo, a quien han pedido desde el Ayuntamiento una declaración de obra nueva, y, al parecer, se hace referencia a revisiones de tasas municipales a licencias ya concedidas, que no afectan al Sr. Rosa. Éste le habla también de un tal Javier, con el que al parecer va a reunirse Leonardo al día siguiente en el Ayuntamiento, y le dice que a ver si le puede ayudar; por último, el Sr. Rosa le dice a Leonardo que le ayude, si puede, en el tema de la apertura de la bodega, que lo tiene todo presentado y que ya está con toda la documentación del Cabildo; que se trata de legalizar aquello de una vez ya y que no falta nada más que la apertura tuya.





Leonardo le contesta que ya lo mira mañana. 7ª).- El día 19 de diciembre de 2008, Leonardo Rodríguez realiza tres llamadas a Juan Francisco Rosa, a las 19:46 h, a las 20:04:06 h y a las 20:04:56 h, sin que se establezca comunicación entre los mismos. 8ª).- El día 22 de diciembre de 2008, Leonardo Rodríguez llama a las 12:26 h a la casa de Juan Francisco Rosa, situada en el pueblo de Uga, en el término municipal de Yaiza, y habla con un hijo de éste para decirle que quiere dejarle una cosa a su padre, porque estuvo tocando el otro día ahí y nadie le abrió; ambos quedan en acudir a la casa desde el lugar en que cada uno se encuentra.

**DECIMOQUINTO.**- Otorgada la licencia de actividad el día 19 de diciembre de 2008, en la que se había impuesto expresamente que: “a) No podrá comenzar a ejercerse la actividad, sin que antes se gire visita de comprobación por los Técnicos municipales competentes, acerca de la adecuación del local al Proyecto presentado y, en su caso, del cumplimiento de las medidas correctoras que se hubieren establecido”, sin embargo, se omitió el trámite de la visita de comprobación que establecía el artículo 23 de la Ley 1/1998, del Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, necesario para la efectiva puesta en funcionamiento de la actividad.

Fue después de que el día 12 de julio de 2013 se produjera la declaración judicial como imputada de la Alcaldesa Sra. Acuña Machín, en las Diligencias Previas n.º 1089/2009 de las que deviene el presente Procedimiento Abreviado, cuando ésta ordenó por una providencia del día 17 de julio de 2013 la realización de *“una visita de comprobación e inspección de las instalaciones en funcionamiento y actividades que vinieran desarrollándose en la conocida como “Bodega Stratus”.*

También dispuso *“que se emitiera informe técnico para comprobar el cumplimiento de las condiciones exigidas en la licencia otorgada el día 19 de diciembre de 2008 en el expediente n.º 32/05 de actividad clasificada así como de la normativa de aplicación, las actividades que venían desarrollándose, y las edificaciones existentes en dicho emplazamiento amparadas o no por licencia”, y, por último, ordenaba “la emisión de informe sobre la adecuación de las edificaciones y actividades existentes a la normativa sobre usos conforme al planeamiento vigente”.*

Al día siguiente, 18 de julio de 2013, se procedió por técnicos competentes acompañados de la Policía Local a girar visita de inspección de las instalaciones, si bien no fue completada por cuanto el encausado, Juan Francisco Rosa Marrero, denegó por teléfono la entrada a las instalaciones de la bodega a dichos funcionarios al solicitar que previamente se le notificara por el Ayuntamiento la actuación a realizar. Los técnicos emitieron por ello un informe provisional fechado ese mismo día, e hicieron constar las siguientes actividades detectadas:

-una construcción con expositores y bar en lo que se recoge como *“vivienda”* en el proyecto de 1999 presentado para la obtención de la licencia de obras, y denominada *“Museo del Vino”* en el proyecto básico de equipamiento e instalaciones de 2005, presentado para la obtención de la licencia de actividad.

La obra del denominado *“Museo del Vino”* constituía una edificación de nueva planta.

-un restaurante denominado *“El Aljibe del Obispo”*, con cocina y dependencias anejas que no figuraba en ninguno de los proyectos existentes en la Oficina Técnica.





-una sala de proyecciones reflejada en el proyecto de equipamiento e instalaciones para bodega de 2005.

-unos aseos y oficinas descritas en dicho proyecto de equipamiento e instalaciones de 2005. Concluyen su informe afirmando que aunque se pudo entrar en “*la zona de bodega propiamente dicha*”, no se pudo ejecutar la inspección visual de la misma por la negativa de la propiedad.

El día 19 de julio de 2013, se celebró, previa convocatoria de la Alcaldesa, Junta de Gobierno municipal en sesión extraordinaria y urgente con el único punto del orden del día relativo al “*acuerdo que proceda sobre la adopción de medidas contempladas en la Ley 7/2011 de actividades clasificadas respecto de actividad de restauración en La Geria*”. En dicha Junta se acordó exclusivamente el proponer la medida provisional de clausura del restaurante “*El Aljibe del Obispo*”, situado en el complejo con denominación comercial “*Bodegas Stratvs*”, con emplazamiento en el “*Barranco del Obispo*”, La Geria, concediéndose también trámite de audiencia a BTL LANZAROTE, S.L. al ordenarse la incoación de expediente sancionador a dicha sociedad por la referida actividad.

Con fecha de 25 de julio de 2013 se dictó nueva providencia por la encausada Gladys Acuña Machín, ordenando continuar de forma inmediata para el día 29 de julio con la inspección de las instalaciones de la bodega. La misma se llevó a efecto por técnicos municipales en la fecha indicada, emitiéndose con fecha de 8 de agosto de 2013 los informe técnico (por los Arquitectos técnicos municipales D<sup>a</sup>Ana Isabel Díaz del Valle y D. Vicente Bencomo Izquierdo), y jurídico (por medio de la jurista Delia María López de la Hoz), informes requeridos en la providencia de 17 de julio, y que entre otros puntos, tras las referidas inspecciones y tras analizar las alegaciones al expediente sancionador presentadas por la entidad BTL LANZAROTE, S.L., advertían a la Alcaldesa de los siguientes hechos:

- que la obra ejecutada no se correspondía con la licencia concedida el 27 de julio de 1999 en virtud del expediente nº 142/99 para la obra “*restauración de vivienda y almacén*”, toda vez que se había construido lo siguiente: sobre rasante, en cota 0,00, una primera edificación destinada a tienda, museo y barra de degustación, con una superficie interior de 179,42 m<sup>2</sup>, así como aseos de 42,26 m<sup>2</sup>; en cota -1,30, cocina de 90,77 m<sup>2</sup>, y terraza de restaurante al aire libre para al menos 50 comensales de 245,56 m<sup>2</sup>; y bajo rasante, en cota -1,30, sala polivalente de 124,81 m<sup>2</sup> y, almacén anexo de 24,90 m<sup>2</sup>, y, en cota -6.00, cocina de 96,05 m<sup>2</sup>, restaurante con vestíbulo de 174,35 m<sup>2</sup>. La bodega propiamente dicha, con una superficie sólo en planta baja de 1.291,83 m<sup>2</sup>, sin medir la planta superior existente, con unos cuartos anexos para diferentes finalidades con una superficie total de 288,61 m<sup>2</sup>.

- que la obra se había iniciado sin la presentación del correspondiente proyecto de ejecución, lo que había dado lugar al expediente nº 11/03 acordándose la suspensión de las obras por decreto de 10 de abril de 2003, y que dicho proyecto fue presentado el 3 de junio de 2003 sin que por técnico de la corporación se emitiera informe alguno, sin que se autorizara, y sin que las obras inspeccionadas se ajustaran tampoco a dicho proyecto.

- que no se había aportado el certificado final de obra.

- que el proyecto de instalaciones para la bodega propiamente dicha sí se correspondía con la instalación inspeccionada.







- que el régimen jurídico del suelo afectado se encontraba suspendido conforme al Plan Especial del Paisaje Protegido de La Geria, con aprobación definitiva parcial de 28 de enero de 2013, haciéndose constar también por la técnico informante que en los planos publicados del Plan Especial del Paisaje Protegido de La Geria, no quedaba claro si la bodega Stratus está suspendida de planeamiento.

- que era procedente adoptar la medida provisional de clausura del restaurante al no constar Proyecto del mismo, ni licencia de obras, ni solicitud para el desarrollo de cualquier otra actividad que no fuera estrictamente la de bodega autorizada, aun cuando se denomine “*complementaria*” por la sociedad expedientada, requiriendo previamente la autorización para su instalación máxime teniendo en cuenta que se ubica en el Paisaje Natural Protegido de La Geria. Dicha medida se fundamentaba en el art. 57 de la Ley 7/11 de Actividades Clasificadas y Espectáculos Públicos, al tratarse de un supuesto de urgencia o para la protección provisional de intereses implicados, por concurrir la circunstancia del art. 56 a) apartado primero, al realizarse instalaciones o ejercerse actividades sin título habilitante, constituyendo una infracción muy grave conforme al art. 62 de dicha Ley.

- que no podía comenzar a ejercerse el inicio de la actividad de bodega sin que previamente se hubiese girado visita de comprobación por el técnico competente del Ayuntamiento, tal y como dispuso la licencia concedida el 19 de diciembre de 2008.

- que no constaba la solicitud de puesta en funcionamiento de la actividad de bodega exigida conforme a la normativa aplicable, emplazándose la misma en un Espacio Protegido.

- que no se proponía la misma medida provisional respecto a la actividad de bodega, al no constar incluida en la normativa aplicable como “*actividad clasificada*” y no constar claramente en la normativa, a juicio de los funcionarios informantes, si estaba sometida al régimen de autorización o de comunicación previa para desarrollar su actividad.

Previamente convocada al efecto se celebró nueva Junta de Gobierno ese mismo día 8 de agosto de 2013, en sesión extraordinaria y urgente, y entre otros acuerdos se adoptaron los siguientes:

- ratificación de la urgencia de la sesión.

- toma en consideración del informe técnico-jurídico emitido en esa misma fecha.

- desestimación de todas las alegaciones presentadas por BTL LANZAROTE, S.L. tras el trámite de audiencia previa.

- inexistencia de amparo legal alguno respecto a la construcción del restaurante y la actividad de restauración allí desarrollada, confirmando la medida provisional de su clausura y el cese cautelar de su actividad.

- proponer la incoación de expediente sancionador a la mercantil acusada BTL LANZAROTE, S.L. por las demás actividades detectadas en la inspección.

Con fecha 4 de septiembre de 2013, el Concejal Delegado de Urbanismo, el encausado José Antonio Rodríguez Martín, dictó Decreto en el expediente por infracción urbanística nº 17/13, acordando el precinto del “*Restaurante El Aljibe del Obispo*”, ejecutándose materialmente el mismo el día 6 de septiembre por el Agente de la Policía Local n.º 13.735, acompañado del técnico municipal D. Vicente Bencomo Izquierdo.





Como el día 28 de agosto de 2013, la Arquitecto municipal D<sup>a</sup> Ana Isabel Díaz del Valle había reiterado en un nuevo informe lo que ya había señalado en el emitido el día 8 de agosto de 2013, respecto a que el régimen jurídico del suelo afectado se encontraba suspendido conforme al Plan Especial del Paisaje Protegido de La Geria, con aprobación definitiva parcial de 28 de enero de 2013, pero se hacía constar también por la técnico informante que en los planos publicados del Plan Especial del Paisaje Protegido de La Geria, no quedaba claro si la bodega Stratus estaba suspendida de planeamiento, la Alcaldesa Sra. Acuña Machín dirigió consulta urbanística a la Dirección General de Ordenación del Territorio en fecha 12 de septiembre de 2013, con registro de entrada en la Consejería de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias el día 18 de septiembre de 2013, en relación a las contradicciones que parecían resultar entre el artículo 33 del Plan Especial, suspendido de aplicación por el propio Acuerdo de 28 de enero de 2013 de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias que aprobaba dicho Plan, en el Acuerdo Segundo, punto 2, contenido en el Anexo del mismo, y los planos publicados del Plan Especial donde no quedaba claro si la Bodega Stratus había sido suspendida de planeamiento.

Con fecha de 11 de octubre de 2013 se emitió nuevo informe técnico por la Arquitecto municipal D<sup>a</sup> Ana Isabel Díaz del Valle, y en el punto 4.3.2 del mismo se pone de manifiesto que todas las edificaciones construidas sin licencia eran incompatibles con el Plan Insular de Ordenación de Lanzarote, al localizarse en suelo rústico sin haberse otorgado la preceptiva calificación territorial conforme a su art. 4.2.2.6-1. En el punto 4.3.3 del mismo se informa que al encontrarse la Bodega un Espacio Natural Protegido, se debe solicitar informe al Órgano de Gestión del Plan Especial, así como del Órgano Ambiental competente, donde conste tanto el tipo de edificación como el tipo de actividades autorizables en el expediente que nos ocupa.

El mismo día 11 de octubre de 2013 se dictaron por el Concejal Delegado de Urbanismo, el encausado José Antonio Rodríguez Martín, dos decretos incoando expedientes sancionadores a la entidad BTL LANZAROTE, S.L. por desarrollo de actividad de bodega y de actividad de tienda con zona de degustación, en ambos casos por desarrollarse sin las preceptivas licencias, acordándose con carácter provisional el cese de dichas actividades, con imposición de multa en ambos casos.

El decreto de precinto de 4 de septiembre de 2013 fue recurrido en vía contencioso-administrativa por la sociedad sancionada, dando lugar al procedimiento ordinario nº 446/2013 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, y a la pieza de medidas cautelares nº 1, en la que tras instarse la suspensión de la ejecución del acto administrativo sancionador, se dictó con fecha de 21 de octubre de 2013 auto confirmando la ejecutividad de la medida cautelar acordada. Dicha resolución, notificada al Excmo. Ayuntamiento de Yaiza con fecha de 23 de octubre de 2013, fundamentaba el mantenimiento de la medida, entre otros, en que *“levantar la medida cautelar permitiría la apertura del establecimiento, cual si tuviera licencia... y recordando además que la suspensión de una actividad que se ejerce sin licencia no es propiamente una sanción, sino una medida necesaria para el restablecimiento de la legalidad vulnerada, que puede y debe ser acordada de inmediato, por lo que ponderando los intereses concurrentes, han de prevalecer los generales o públicos.”*

A pesar de las advertencias consignadas en los informes solicitados por la Alcaldesa, y





conociendo que el emplazamiento de las instalaciones del complejo “Stratvs” no autorizaba el uso concedido ni el desarrollo de las actividades allí desplegadas, ni la Alcaldesa Gladys Acuña Machín ni el Concejal Delegado de Urbanismo José Antonio Rodríguez Martín adoptaron medida alguna tendente a que se ejecutara, al menos provisionalmente, el cese de las actividades que había sido previamente acordado, incumpléndose la disposición del artículo 176, en relación con el artículo 164.2, del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (TRLOT/C), publicado en BOIC n.º 60 de 15 de mayo de 2000, y en vigor desde la fecha de su publicación.

En virtud de auto de fecha 20 de diciembre de 2013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arrecife (antiguo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5), confirmado por Auto de la Sección Sexta de la Ilma. Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 21 de mayo de 2014, se decretó judicialmente en vía penal el cese cautelar de toda actividad, y el cierre cautelar de todas las instalaciones del complejo Stratus por un periodo máximo de cinco años.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- CUESTIONES PREVIAS

**I. Prescripción.-** De conformidad con la disposición del art. 786.2 de la LECriminal, en relación con el art. 666.1.3ª de la misma, por la defensa de D. Juan Francisco Rosa Marrero se planteó como cuestión previa la de la prescripción del delito de tráfico de influencias por el que, según se dice, solamente ha sido acusado su defendido. Se sostiene por dicha dirección letrada que si el delito de tráfico de influencias por el que acusa el Ministerio Fiscal, y también la acusación particular y la acción popular, previsto en el artículo 429 del CP en su redacción dada por la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, vigente a la fecha de los hechos, se dice cometido el día 18 de diciembre de 2008, el referido delito estaba prescrito el día 18 de diciembre de 2011, al haber transcurrido los tres años de prescripción establecido para el mismo por el artículo 131 del Código Penal, puesto que el procedimiento por los hechos que aquí se enjuician no se había dirigido contra su defendido hasta el año 2013, concretamente a partir de la providencia de 22 de noviembre de 2013 en la que se le cita a declarar en calidad de imputado. Se alega, asimismo, que solamente puede entenderse dirigida la acusación contra su defendido por delito de tráfico de influencias, por demás prescrito, porque en el Auto firme dictado por esta Sala de lo Penal de fecha 17 de noviembre de 2015, se había declarado la competencia de la misma por razón del aforamiento de la encausada Dª Gladys Acuña Machín para, entre otros, enjuiciar a Juan Francisco Rosa Marrero por un delito de tráfico de influencias del artículo 429 del Código Penal. Por esta razón se entiende que no es admisible la modificación de la calificación provisional del Ministerio Público, elevada a definitiva, en la que se considera que el Hecho III, apartado 3º, subapartado A) de su escrito de calificación constituye un delito de tráfico de influencias previsto y penado en el artículo 429 del CP, en relación de concurso ideal del artículo 77 del CP con el delito de prevaricación urbanística del subapartado B´1), previsto y penado en el artículo 320.2º del CP, considerando al Sr. Rosa Marrero autor del primer delito e inductor del segundo.

Al efectuar esta modificación en su calificación provisional, el Ministerio Fiscal únicamente viene a precisar la concreción del título de participación por el que se acusa al Sr. Rosa por el





delito de prevaricación urbanística, determinándose que su participación es a título de inductor (partiendo del concurso ideal existente entre ambos delitos por el que se había formulado la calificación provisional), lo que no es sino una forma de autoría conforme al artículo 28.2.a) del Código Penal, pero sin que el representante del Ministerio Público haya efectuado modificación alguna del relato fáctico por el que acusa.

Entiende este Tribunal que la tesis que así se sostiene por la defensa no puede ser compartida. En tal sentido es de interés transcribir lo expuesto por la STS nº 513/2007, de 19 de Junio de 2007, que reiterando anteriores pronunciamientos como los que contiene la STS 1185/2004 de 22-10, y que han seguido posteriormente las SSTs. 860/2008, de 17-12, 655/2010, de 13 de julio de 2010, 37/2013 de 31-1 y la STS de 15 de octubre de 2016, viene a señalar lo que sigue: "SEGUNDO: Expuestas estas consideraciones previas se plantea la debatida cuestión de la delimitación del alcance objetivo del proceso, en el caso de seguirse por los tramites del procedimiento abreviado, se produce al dictarse el auto de apertura del juicio oral o si contrariamente ésta delimitación se produce al formularse los escritos de acusación de acuerdo con el contenido y alcance de los mismos.

Evidentemente, dice la STS. 1192/2002 de 26.6 no podrá el escrito de acusación incluir alguna por delito cuyo enjuiciamiento no fuera de la competencia del órgano judicial ante el que se formula o cuando se hubieran de seguir los trámites del procedimiento ordinario para el delito objeto de acusación, y ésta se introduce en un proceso penal que se esté siguiendo por los del procedimiento abreviado, ni tampoco cuando los hechos sobre los que se acuse no hayan sido en modo alguno objeto de las diligencias previas. Pero no puede limitarse por el auto de apertura del juicio oral las posibles interpretaciones jurídicas que de los hechos objeto de investigación en las diligencias previas, puedan plantear las partes acusadoras. Solo si tal forma de actuar infringiera el principio acusatorio con el resultado de impedir a quien fuera acusado la instrumentación de estrategia defensiva, podría vetarse la ampliación de la acusación en el escrito, distinto del auto de apertura de juicio oral, que precisamente tiene la finalidad de formularla. Pero esa indefensión no ocurre en la regulación del procedimiento llamado abreviado porque, tras las acusaciones con inclusión de las pruebas solicitadas, se da traslado de ellas al acusado concediéndole la posibilidad de contestarlas y ofrecer pruebas por su parte, e , incluso, indicándole la posibilidad de nombrar letrado que le defienda y procurador que le represente, si no los hubiere ya antes designado y nombrándosele de oficio caso de no proceder a la designación.

En efecto el objeto del proceso penal son los "hechos delictivos" y no su "nomen iuris" o calificación jurídica, ya que con tales hechos los que deben ser acreditados por las acusaciones y desvirtuados por las defensas, y sobre los que ha de girar todo el desarrollo del proceso, pero el Juez instructor recuerda la STS. 257/2002 de 18.2 , no tiene como cometido contribuir a la formación del contenido de la pretensión penal, ya que no es parte postulante. El auto de apertura supone un juicio del Instructor en el que decide si en la imputación de hechos existe materia delictiva para abrir el juicio o por el contrario es procedente acordar el sobreseimiento, y en el primer caso ha de concretar los hechos que se atribuyen a determinados sujetos, previamente imputados, los cuales han de estar igualmente designados, y contra los que pueden acordarse las pertinentes medidas cautelares. La calificación jurídica de los hechos provisionalmente efectuada en dicho auto por el órgano jurisdiccional encargado de la preparación del juicio, sólo tiene por objeto determinar el procedimiento a seguir y el órgano judicial ante el que debe seguirse, sin mayores vinculaciones.





Particularmente explícita es la STS. 25/2003 de 21.1, al indicar que "como ha señalado el Tribunal Constitucional los autos de apertura del juicio oral "por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares tienen como base una imputación penal, que los hace partícipes de la naturaleza de las llamadas "Sentencias instructoras de reenvío", en las que se determina la imputación... y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal del proceso, sino por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar" (SSTC. 170 y 320/93, 310/2000 ). La calificación o juicio anticipado es esencialmente provisional sobre los hechos que van a constituir el objeto del juicio ulterior, y ello es así por cuanto los casos de denegación de dicha apertura se relacionan directamente con el artículo 637.2 LECrim (cuando el hecho no sea constitutivo de delito) o cuando no existan indicios de criminalidad contra el acusado (debiendo acordarse el sobreseimiento que corresponda «ex» artículos 637 y 641, ambos LECrim ), en cuyo caso la resolución es susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por las acusaciones....pero en modo alguno prevé la Ley que el Instructor califique los hechos, es decir, subsuma los mismos bajo un precepto penal y dicha calificación sea vinculante para las propias acusaciones. Sólo la declaración de sobreseimiento, total o parcial, una vez que alcance firmeza vinculará a aquéllas para el juicio oral".

TERCERO: Por ello cuando el Juez decide abrir el juicio oral, la resolución en que así lo acuerda no define el objeto del proceso ni delimita los delitos que pueden ser objeto de enjuiciamiento ni supone vinculación alguna respecto de los hechos imputados, pues éstos y aquellos deben quedar concretados, inicialmente en los escritos de conclusiones provisionales de las partes acusadoras y finalmente, tras la celebración de la vista oral, en las conclusiones definitivas. En el procedimiento penal abreviado es a través de los escritos de acusación con los que se formaliza e introduce la pretensión punitiva con todos los elementos fácticos y jurídicos. Mediante esas conclusiones se efectúa una primera delimitación del objeto del proceso, que queda taxativamente fijados en las conclusiones definitivas.

Desde este punto de vista, el auto que acuerda la apertura del juicio oral sólo sirve para permitir que el procedimiento siga adelante. Su finalidad es valorar la consistencia de la acusación con el fin de impedir imputaciones infundadas y con ello la llamada "pena de banquillo", actuando en este caso el Juez, como dice la STS. 41/1998 , "en funciones de garantía jurisdiccional, pero no de acusación". El auto supone, pues, un juicio de racionalidad sobre la existencia de motivos bastantes para el enjuiciamiento, supliendo de esta manera en el proceso abreviado la falta del auto de procesamiento del proceso ordinario, pero ni tiene como éste naturaleza inculpatoria ni tiene el alcance de conformar positivamente los términos fácticos y jurídicos del plenario, pues eso es función de las acusaciones. La doctrina del Tribunal Constitucional se ha mostrado siempre contraria a las iniciativas judiciales inculpatorias mediante juicios positivos de imputación, reiterando la función del instructor de supervisión y control de las acusaciones a través de juicios negativos. Es precisamente en los casos en que se deniega la apertura del juicio oral cuando esa resolución alcanza su verdadero significado.





Si el Juez de instrucción, en el auto por el que acuerda la apertura del juicio oral, omite, sin acordar expresamente el sobreseimiento, un delito por el que una de las partes acusadoras formuló acusación, ello no vincula al órgano de enjuiciamiento que deberá celebrar el juicio oral respecto de todos los hechos, con sus calificaciones, contenidos en los escritos de acusación. La parte acusada no podrá alegar indefensión ni vulneración del derecho a ser informado de la acusación, pues el art. 784 prevé que, abierto el juicio oral, se emplazará al imputado con entrega de copia de los escritos de acusación por lo que tendrá pleno conocimiento de la imputación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico. Si el instructor abre el juicio oral respecto de unos delitos y sobresee expresamente respecto de otros, las partes acusadoras podrán interponer los pertinentes recursos contra la parte del auto que acordó el sobreseimiento.

Sólo, pues, la declaración expresa y formal del sobreseimiento contenida en el auto de apertura, una vez que alcance firmeza, producirá efectos vinculantes para el juicio oral. Sólo los supuestos en los que la resolución excluya expresamente un determinado hecho o un determinado delito puede reconocerse eficacia configurativa negativa al auto de apertura. En lo demás, la resolución sólo sirve para posibilitar que el procedimiento siga adelante, después de valorar la consistencia de la acusación, y para señalar el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa, pero no fija los términos del debate ni en los hechos ni en su calificación jurídica. Sencillamente porque la Ley no lo dice. Por lo demás esta es la opinión dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, SSTs. De 20.3 y 23.10.2000, 26.6.2002, 21.1.2003, 27.2 y 16.11.2004, y 28.1 y 22.9.2005 y 13.7.2006 ).

CUARTO: Por tanto respecto a si el Tribunal sentenciador puede condenar por delito diferente al que se recogió en el auto de apertura del juicio oral, bien porque ha modificado la acusación la tipificación en conclusiones definitivas o simplemente porque alguno o alguno de los delitos objeto de acusación provisional no se incluyeron en el auto referido de apertura del juicio oral, la respuesta debe ser afirmativa, siempre que no se modifiquen sustancialmente los hechos recogidos en las conclusiones provisionales y que los hechos que forman el sustento fáctico del nuevo delito recogido en conclusiones definitivas hayan sido debatidas en el plenario.”

A la luz de la Jurisprudencia expuesta es claro que, en este caso, ni lo acordado por la Sala en el Auto antes mencionado de 17 de noviembre de 2015, en la denominada Fase Intermedia del Procedimiento Abreviado, por el que declara su competencia para el enjuiciamiento de determinadas personas y por los delitos que en aquella resolución se expresan, ni tampoco lo acordado en el Auto de apertura del juicio oral, dictado por la Instructora de las Diligencias Previas en fecha 12 de junio de 2015, permiten desvirtuar la calificación efectuada por el Ministerio Fiscal contra D. Juan Francisco Rosa Marrero. A diferencia de lo que ocurriera respecto al encausado D. Leonardo Rodríguez García, a quien esta Sala estimó el incidente de nulidad promovido contra el Auto de 17 de noviembre de 2015 y, en consecuencia, se dejó sin efecto expresamente el referido Auto en lo que a la acusación de delito de tráfico de influencias frente a D. Leonardo Rodríguez se recogía en la resolución, pues tal acusación no había sido formulada, tal y como consta en nuestro Auto firme de fecha 10 de mayo de 2016, sin embargo, en relación al Sr. Rosa Marrero ninguna declaración de sobreseimiento o nulidad se hizo por la Sala, ni tampoco por el Juzgado de Instrucción, que pudiera justificar la no vinculación de la calificación efectuada por el Ministerio Fiscal.

Por todo ello, partiendo de que el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales y, concretamente el Hecho III, apartado 3º, Subapartado A), que se calificó como





constitutivo de un delito de tráfico de influencias del artículo 429 del CP, en concurso ideal del art. 77 del CP con el delito de prevaricación urbanística tipificado en el artículo 320.2º del CP, recogido en aquel Hecho III, apartado 3º, Subapartado B'1), considerando al encausado Juan Francisco Rosa Marrero autor del primero e inductor del segundo, esto es, del delito por el que se acusa a Leonardo Rodríguez García, no puede decretarse la prescripción del delito de tráfico de influencias reclamada por la defensa del Sr. Rosa Marrero, independientemente de lo que se razonará en el Fundamento Jurídico correspondiente respecto a la prueba de tales delitos.

La necesidad de practicar las pruebas que pudieran acreditar la existencia o no de la conexidad invocada por el Ministerio Fiscal, además de la prueba de la comisión del delito instrumental, hizo que la Sala dejara para el momento de dictar la sentencia la resolución de la prescripción alegada, conforme a lo que, entre otras, establece la STS 678/2013, de 19 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/187295), absteniéndose por ello de pronunciamiento previo alguno en el trámite que señala el artículo 786, párrafo segundo de la LECriminal.

Sentado lo anterior, ha de darse respuesta al planteamiento de la defensa de D. Juan Francisco Rosa Marrero respecto a la prescripción alegada, partiendo del supuesto del concurso ideal por el que acusa el Ministerio Fiscal.

Como señala la STS 1493/1999, de 21 de diciembre de 1999 (ROJ 8670/1999), “En los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquella que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. Acudiendo para la resolución de esta cuestión a los fundamentos procesales y especialmente a los materiales del propio instituto de la prescripción que se interpreta, la doctrina de esta Sala (sentencias de 14 de junio de 1965, 6 de noviembre de 1991, 28 de septiembre de 1992, 12 de marzo de 1993, 12 de abril de 1994, 18 de mayo y 22 de junio de 1995, 10 de noviembre de 1997 y 29 de julio de 1998, STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 29-07-1998 (rec. 2530/1995), entre otras), estima que en estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto.”

También la STS n.º 1026/2009, de 16 de octubre de 2009 (ECLI- 6343/2009) aclara la cuestión y expone lo siguiente: “3. Dicho lo anterior se plantea con toda su problemática el núcleo de la queja formulada, atinente a si el delito de tráfico de influencias que la Sala analiza y da por cometido, -respecto al cual la parte recurrida (Sr. Miguel) pudo replicar en casación,





combatiendo su tipicidad, ha prescrito o todavía es exigible la responsabilidad penal, y la respuesta no puede ser sino negativa: el delito no habrá prescrito, habida cuenta de que ambos, tráfico de influencias y prevaricación, constituirían resultados típicos dimanantes de una misma conducta, o en todo caso fueron fruto de un comportamiento delictivo instrumental o conexo entre una y otra infracción.

Esta Sala ha sido contundente a la hora de considerar el conjunto delictivo, tomando como base referencial del término de prescripción el delito que señala más lapso temporal de todos los integrados en el conjunto (sentencias T.S. nº 1182/2006 de 29 de noviembre; nº 28/2007 de 23 de enero; nº 600/2007 de 11 de septiembre; nº 132/2008 de 12 de febrero; nº 493/2008 de 9 de julio; nº 570/2008 de 30 de septiembre y nº 866/2008 de 1 de diciembre).

Así pues, en la hipótesis de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un medio para la consumación o la ocultación de otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva, prescindiendo de aquéllas que se estimasen previamente prescritas y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. En estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Como destaca la STS 29-7-98 Jurisprudencia citada, las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable a supuestos de mera conexidad procesal (SS 1247/2002 de 3-7; 1242/2005 de 3-10; 1182/2006 de 29-11 y 600/2007 de 11-9).

4. Junto a las hipótesis de concurso ideal o medial de delitos (art. 77 C. Penal) la doctrina de esta Sala incluye con igual régimen jurídico -como acabamos de apuntar- los supuestos en que se hace imprescindible contemplar la realidad global proyectada por el autor o autores de los delitos, para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad, en cuyas situaciones la prescripción debe entenderse de modo conjunto mientras no prescriba el delito más grave o principal.

Se suman pues a los supuestos del art. 77 del C. Penal, los casos de conexidad, pero, como tenemos dicho, no entendida en sentido o acepción procesal (art. 17 L.E.Cr.), sino con asiento en una base sustantiva o material, de tal suerte que las causas de mera conexidad procesal (art. 17-5º L.E.Cr. Legislación citada que se aplica Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 art. 17.5.) deberán apreciarse separadamente en orden a la prescripción de los delitos que se enjuician en un sólo proceso.

Podemos incluir dentro de la consideración conjunta de los delitos a efectos de prescripción:

- a) Concurso ideal de delitos (art. 77 C. Penal).
- b) Concurso medial o instrumental (art. 77 C. Penal y 17.3 L.E.Cr.).
- c) Comisión de un delito para procurar la impunidad de otro u otros (conexión instrumental: art. 17-4 L.E.Cr.).
- d) Conexión entre los diversos delitos imputados a una persona si se proyectaron y ejecutaron según un plan o diseño conjunto, dentro del mismo contexto espacio-temporal (conexión







material: art. 17-1º , 2º y 5º L.E.Cr.).

Fuera de estas situaciones la imputación conjunta de varios delitos a una persona (art. 17-5º L.E.Cr.) no puede impedir que en cada uno de ellos opere la prescripción que es propia del delito de que se trate, considerados individualmente.

5. El caso concernido lo integran dos delitos (prevaricación y tráfico de influencias) cuya distinción en orden al bien jurídico protegido no resulta fácil al participar ambos de la idea de ataque al correcto funcionamiento de la Administración pública, en particular la protección del deber de objetividad e imparcialidad que ha de regir su funcionamiento en la labor de satisfacer los intereses y servicios generales que la ciudadanía demanda.

Dentro de esa idea general de la que participan los dos delitos, en el delito de prevaricación el legislador protege de forma específica la correcta prestación de los servicios públicos y más específicamente el adecuado sometimiento al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas, no muy distante al objetivo que la Ley intenta alcanzar al regular el delito de tráfico de influencias, que trata de evitar cualquier lesión a la objetividad e imparcialidad con que los poderes públicos deben actuar en la prestación de servicios a la colectividad, en cuanto tal conducta supone la interferencia en el proceso de toma de decisión.

En cualquier caso existen claras diferencias tipológicas entre las dos infracciones punitivas, que las separan y distinguen pudiéndose cometer una y no otra o viceversa, a pesar de haberse incorporado en el tipo de tráfico de influencias como presupuesto típico, la resolución dictada por el funcionario o autoridad influenciada. En efecto, para cometer el delito de tráfico de influencias no se requiere que la decisión del funcionario o autoridad sea arbitraria o injusta. Sin embargo tal delito exige una finalidad crematística que es innecesaria en el delito de prevaricación... En atención a todo lo dicho procede estimar íntegramente el motivo no declarando prescrito el delito de tráfico de influencias atribuido a Miguel, debiendo responder por él, bien sea en concurso ideal o medial (art. 77 C.P.) bien en conexión material, consecuencia de la inculcable y patente relación entre ambos, hasta el punto de carecer de sentido uno sin el otro. Lo decisivo es que existen dos delitos, debiendo regularse las penas justas y proporcionadas en la segunda sentencia que debe dictarse”.

En la hipótesis que aquí se plantea y en atención al criterio jurisprudencial expuesto, el delito más grave, el de la prevaricación del artículo 320.2º del CP de 1995 por el que acusa el Ministerio Fiscal en la relación concursal y de unidad delictiva establecida en su calificación definitiva, lleva aparejada una pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para cargo público de 7 a 10 años (por la remisión que hace el precepto al artículo 404 del CP), por lo que al tratarse de una pena grave, conforme a la disposición del artículo 33.2.d) del referido Código Penal, la prescripción es de 10 años, según establece el artículo 131.1, párrafo 3 del Código penal de 1995, y, por tanto, no habiendo transcurrido el plazo prescriptivo, tal institución no cabe ser apreciada.

**II. Falta de legitimación de la acusación particular.-** Por la defensa de D. Juan Francisco Rosa Marrero se ha formulado la cuestión previa de la falta de legitimación de la acusación particular para comparecer en el plenario, al amparo de la disposición del artículo 786.2 de la LECriminal. Se alega que las personas comparecidas como acusación particular, concretamente, D. José Juan Negrín Ramos, Dª Olga María Ramos de Paiz, Dª Olga María Negrín Ramos y Dª María Teresa Negrín Ramos, carecen de legitimación en tal condición de





acusación particular porque al haberse escindido el enjuiciamiento de la causa los delitos enjuiciados por este Tribunal son delitos contra la Administración Pública y, por tanto, aquellas personas no son titulares de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales ni ostentan la condición de perjudicados por los mismos.

La falta de legitimación así alegada como cuestión previa no puede ser atendida por esta Sala. Tal alegación que se produce al inicio de las sesiones del juicio oral ha de considerarse extemporánea y ajena a las señaladas por el artículo 786.2 de la LECriminal como cuestiones a plantear en aquel trance procesal del comienzo del plenario. Aquella reclamación de falta de legitimación es extemporánea porque a lo largo de toda la instrucción de las Diligencias Previas 1089/2009, de las que deviene el presente Procedimiento Abreviado, no ha sido formalmente impugnada por representación procesal alguna la personación de la familia Negrín Ramos en las actuaciones. Así, a modo de ejemplo, ha de significarse que no fue objeto de recurso la diligencia de ordenación de 4 de noviembre de 2013 que tenía por personado y parte en dichas Diligencias Previas al Procurador D. Sandro Müller, en nombre y representación de D. José Juan Negrín Ramos, tras comparecencia apud acta celebrada el día 31 de octubre de 2013; no consta que se recurriera el Auto de fecha 13 de marzo de 2015, de transformación de las Diligencias Previas 1089/2009 en Procedimiento Abreviado, en lo relativo a la consideración de la representación indicada como acusación particular en relación a la totalidad de hechos delictivos que allí se relatan, entre los que también se encuentran los que son objeto de nuestro procedimiento. Por último, y más significativo, incoado en esta Sala de lo Civil y Penal del TSJ el procedimiento abreviado 21/2015, habiéndose ya declarado la competencia de la Sala para el enjuiciamiento de los concretos delitos que allí se mencionaban y, por tanto, escindida ya la presente causa de la principal que habrá de enjuiciarse en la Audiencia Provincial, se dictó por la Sra. Letrada Judicial de este Tribunal la diligencia de ordenación de fecha 15 de febrero de 2016 en la cual se da cuenta de las partes respecto de las cuales la Sala tiene asumida la competencia, y, entre ellas, expresamente se menciona a los miembros de la familia Negrín Ramos personados como acusación particular, representados por el Procurador D. Sandro Müller. No consta impugnación de la referida diligencia de ordenación. También se pronunció esta Sala en el Auto de 30 de noviembre de 2016 respecto a la admisión de las pruebas propuestas por las partes para su práctica en el juicio oral, entre las que, indudable y pacíficamente, se comprendía pronunciamiento expreso respecto a las solicitadas por la acusación particular. Por ello, la escisión del enjuiciamiento de la causa, dadas las circunstancias relatadas y vistas resoluciones a que se ha hecho referencia, no justifica la extemporánea alegación de la falta de legitimación de la acusación particular, cuando ya la relación jurídico-procesal de las distintas partes del proceso había sido trabada de manera incontrovertida y pacífica con anterioridad al inicio del plenario.

Como advierte la STS 363/2006, de 28 de marzo (RJ 2007/1848) y la doctrina jurisprudencial que en ella se cita, “En aplicación de la doctrina expuesta, debemos señalar que a tenor de lo dispuesto en el art. 793.2 LECrim (hoy 786.2) ha de conducirse que esta fase de cuestiones previas no es la adecuada para discutir la condición de parte en el proceso, cuando expresamente se ha consentido tal condición, sin que quepa entender que tal condición de parte de una acusación particular causa indefensión a quien también es acusado por el Ministerio Fiscal, o a quien ha consentido reiteradamente tal actuación.”





**III. Pruebas documentales aportadas e impugnaciones.-** En el trámite previsto en el artículo 786.2 de la LECriminal, el Ministerio Fiscal, la acción popular y las defensas de D. Vicente Jesús Bartolomé Fuentes, D. Leonardo Rodríguez García, D<sup>a</sup> Gladys Acuña Machín y D. Juan Francisco Rosa Marrero aportaron diversa documentación que, previo traslado a todas las partes, fue unida por la Sala al Procedimiento Abreviado. En relación a dicha documental aportada por las partes, únicamente se formularon impugnaciones respecto a aquella que se consideraba ajena al objeto del enjuiciamiento, como se alegaba que ocurría con la aportada por el Ministerio Fiscal y la acción popular; igualmente se alegó por el Ministerio Fiscal, la acusación particular y la acción popular que las copias de las declaraciones judiciales aportadas por la defensa de Leonardo Rodríguez, referidas a las prestadas en la instrucción por D. Faustino García Márquez, D. Armando Villavicencio Delgado y D. Juan César Muñoz Sosa, no estaban testimoniadas y se consideraba prueba extemporánea.

Unida la documental al procedimiento sin alegación de indefensión alguna que fuera efectuada por las partes personadas, la Sala valorará aquellos documentos públicos aportados que, no cuestionados por las partes en cuanto a su autenticidad y licitud, tienen relevancia y aptitud para la prueba de los hechos que de ellos se desprende y relación con los que son objeto del enjuiciamiento. Respecto a la aportación por la defensa de Leonardo Rodríguez García de las declaraciones sumariales de las personas antes mencionadas, que citados los dos primeros como testigos-peritos al plenario fueron luego renunciados por las partes que los habían propuesto, aunque es lo cierto que aquellas declaraciones no aparecen testimoniadas, la impugnación que a ellas se refiere no afecta al presente procedimiento porque las mismas carecen de relevancia para los hechos que aquí se enjuician, además de no haber sido ratificadas en el plenario ni oídas las personas mencionadas por renuncia expresa a su declaración.

Por último, la defensa de Leonardo Rodríguez impugnó cualquier denuncia, atestado, escuchas e intervenciones telefónicas si no quedaban ratificadas en el juicio oral. Tal genérica impugnación ha de decaer porque, de una parte, los agentes de la UCO de la Guardia Civil que intervinieron en la investigación de los hechos y realizaron las escuchas telefónicas y transcripciones de las mismas, cuya legitimidad no se cuestiona, declararon en el plenario y ratificaron las mismas, y, de otra, porque en el plenario se escucharon las conversaciones objeto de intervención judicial que el Ministerio Fiscal había delimitado en el escrito de conclusiones provisionales adaptado al objeto del enjuiciamiento en esta Sala y que consideraba de interés para el mismo. De las restantes conversaciones telefónicas intervenidas, el Ministerio Fiscal únicamente había solicitado que estuvieran presentes la totalidad de las grabaciones por si alguna de las partes interesaba su audición, lo que no sucedió en el juicio oral, razón por la cual únicamente son de interés aquellas que, expresamente delimitadas por el Ilmo. Sr. Fiscal, se escucharon por esta Sala y por todas las partes, aunque la propia defensa de Leonardo Rodríguez interrogó al mismo en relación a tales conversaciones intervenidas.

**SEGUNDO.-** Por razones de sistemática y de claridad en la fundamentación jurídica, considera esta Sala adecuado el pronunciarse en relación a los concretos delitos por los que son acusadas cada una de las personas enjuiciadas, siguiendo, en lo posible, el orden del relato de los hechos probados.

**A) Delito de prevaricación, previsto y penado en el artículo 404 CP.**





Las acusaciones pública y particular y la acción popular formulan acusación por tal delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos, frente a José Francisco Reyes Rodríguez, en concepto de autor del mismo, y contra Vicente Jesús Bartolomé Fuentes y Andrés Morales González, a título de cooperadores necesarios.

El artículo 404 del CP, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, establece lo siguiente: "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años".

Como expone la STS 259/2015, de 30 de abril (EDJ 2015/68322), "El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses generales. 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines ( art.103 C.E ).

Por ello la sanción de la prevaricación 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, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras).

Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002 , núm. 1015/2002, entre otras) " *el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...*".

El Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como " *arbitrarias* " las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, caso Intelhorce ).

Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre , entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

- 1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
- 2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;





3º) que la 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;

4º) que ocasione un resultado materialmente injusto;

5º) 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.”

Señala igualmente la STS 82/2017, de 13 de febrero (EDJ 2017/6943) que “Con la regulación y aplicación del delito de prevaricación no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal, sino sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Ello implica, sin duda su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado la resolución sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto (SSTS Sala 3ª de 20 de noviembre de 2009 y 9 de marzo de 2010).”

Se cuestiona por la defensa de Andrés Morales González el que el encausado pueda ostentar la condición de funcionario público que, como sujeto activo del delito, exigen los tipos penales por los que se formula acusación contra el mismo. Sin embargo, como señala la STS n.º 663/2005 y las que en ella se citan, y reitera la sentencia n.º 8/2014 de esta Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Canarias, de fecha 3 de septiembre de 2014, “El concepto de funcionario en el ámbito penal no está subordinado al ámbito administrativo sino que contiene en su art. 24 CP un concepto normativo propio al respecto considerando como <<funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas>>. En este sentido, la STS de 10 de diciembre de 2007 reitera que <<el concepto de funcionario público a que se refiere el artículo 24 CP es privativo del Derecho Penal, de manera que no puede ser remitida la consideración de tal carácter a criterios de Derecho Administrativo o del Social>>.

Lo esencial es el desempeño de una función pública, bien sea el funcionario que la desempeña titular, interino o sustituto... Ello no supondrá dificultad alguna en buena parte de los casos en los que el funcionario estará ligado por un vínculo administrativo estable o transitorio con una Administración Pública. Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad ( SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993 ), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento ( STS de 27 de enero de 2003 )”.

El encausado Andrés Morales González declaró haber ingresado en el Ayuntamiento de Yaiza tras entrevistarse con el entonces Alcalde José Francisco Reyes Rodríguez, y ser contratado





en el año 2000 en su condición de Ingeniero Industrial y para desempeñar sus funciones en el departamento de Actividades Clasificadas. En consecuencia, por aplicación del artículo 24 del Código Penal y Jurisprudencia que lo interpreta, al desempeñar el acusado su trabajo en aquel departamento, siendo el responsable de los informes de actividades clasificadas, ha venido participando del ejercicio de la función pública y, por ello, puede ser considerado sujeto activo de los delitos que puedan ser cometidos por funcionario público.

En el caso presente, el informe del Secretario del Ayuntamiento y el realizado por el Técnico municipal debían versar única y exclusivamente sobre la procedencia del inicio del procedimiento para el otorgamiento de la licencia de actividad clasificada, iniciación que es preceptiva, salvo que proceda la denegación expresa de la licencia por razones de competencia municipal. Es decir, entre otras, por razones urbanísticas. En otras palabras, lo que quiere el precepto del artículo 16.1 de la Ley 1/98 de Actividades Clasificadas es que no se tramite una solicitud de licencia de actividad cuando, a primera vista, va a ser evidente que no se podrá otorgar. Esto obligaba a los informantes en ese momento, y como parte sustancial del contenido del informe, a examinar y valorar si existían razones urbanísticas que hacían inviable el otorgamiento de la licencia de actividad clasificada, entre otras razones, por la imposibilidad del uso pretendido conforme al planeamiento territorial ( PIOT) o urbanístico (PGOU) . Así lo expone la sentencia nº 288/2009, de 13 de octubre, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de este TSJ de Canarias, cuando señala lo siguiente: “No compartimos la tesis de la juzgadora de que lo relativo a la ordenación urbanística no deben ser objeto de examen en el procedimiento para el otorgamiento de una licencia de apertura de actividades clasificadas. Frente a dicha tesis cabe decir que la contravención por el proyecto del planeamiento urbanístico también es motivo para rechazar la licencia de actividad...En esta línea, el artículo 16 de la Ley 1/98, dentro del procedimiento a seguir, advierte que, tras la solicitud debidamente documentada, el alcalde ordenará la instrucción del expediente, salvo que proceda la denegación expresa de la licencia por razones de competencia municipal, basadas en el planeamiento urbanístico o en las ordenanzas municipales”, y añade que “El informe de los técnicos municipales deberá versar, entre otros aspectos, sobre la adecuación del proyecto a la normativa urbanística. Podemos concluir, por tanto, que la normativa urbanística constituye uno de los elementos sustantivos de la licencia, que debe cumplirse para su otorgamiento y que no es posible un examen de la procedencia del otorgamiento de dicha licencia con abstracción del planeamiento...”

Se sustenta la exculpación en la existencia de una autorización previa y una licencia de obra; se considera que ello impedía aducir razones de competencia municipal para no tramitar el expediente. Sin embargo, lo que establece el precepto es que el informe debe versar sobre la compatibilidad de la actividad, y , dentro de ella, el uso del suelo. A este respecto, la autorización del Gobierno, previa a la obtención de la licencia de obras, concedidas ambas en el año 1999, no autorizaban el uso, ni guardaban relación con la licencia de actividad clasificada solicitada y no constituían título habilitante de la misma, y ello habría de ser tenido en cuenta y valorado por los técnicos; que no había correlación entre autorización y licencia de obras con la licencia de actividad solicitada en 2.005. Así lo expresa la STS n.º 752/2016, de 11 de octubre de 2016, cuando con cita de otras resoluciones del Tribunal Supremo en las que se funda, establece que “...la licencia de obras y de apertura son diferentes en su naturaleza y finalidad, pues mientras la licencia de obras tiende a comprobar la adecuación del correspondiente proyecto al planeamiento urbanístico, la de apertura tiene como fin acreditar si





los locales o instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad normativamente exigibles y las que, en su caso, estuvieren dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados (sentencias de 2 de abril, 15 de julio y 16 de diciembre de 1992)...”.

Por tanto, la actuación del Secretario Municipal, Sr. Bartolomé Fuentes y la del técnico Sr. Morales González, al efectuar los informes jurídico y técnico por los cuales se muestran favorables al inicio y tramitación del expediente vulneraron la disposición del artículo 16.1 de la entonces vigente Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, cuando en lugar de haber informado de la procedencia de la denegación expresa de la licencia, que contempla el precepto “por razones de competencia municipal, basadas en el planeamiento urbanístico o en las ordenanzas municipales”, realizaron un informe contrario a la legalidad con base exclusiva en la solicitud y Proyecto Básico que había sido presentada por un empresario de Lanzarote, conocido por los encausados por ser además vecino del municipio y tener en él considerables intereses económicos, y que, además, era medio familia del Sr. Morales González, según declaración de éste ratificada en el plenario, dado que ni siquiera aquel Proyecto Básico presentado justificaba la procedencia de la tramitación del expediente por cuanto las instalaciones que en él se contemplaban contravenían ya la normativa territorial y urbanística. Así, concretamente, el PIOT de Lanzarote de 1991 dispone en relación a la zona de La Geria, que se incluye en ese planeamiento territorial dentro de las zonas de valor paisajístico, lo siguiente:

“Artículo 4.2.2.6.- Suelo Rústico de protección: zonas de valor paisajístico (c2).

#### 1. PAISAJES SINGULARES (c2.1)

##### A) Criterio básico.

Incluyen esta categoría territorios de características muy diversas con el factor común de su calidad visual, de la que son elementos fundamentales los cultivos. El mayor riesgo que corren es precisamente el abandono de estos cultivos, hecho ocurrido en las zonas aterrizadas de los barrancos. Por ello debe propiciarse la continuidad de la agricultura.

##### B) Determinaciones.

Son incompatibles con su conservación la construcción de edificios e infraestructuras aéreas así como toda obra que requiera movimientos de tierras. Cuando razones de interés público lo exijan, dichas obras deberá someterse a Evaluación de Impacto Ambiental. Esta E.I.A. se orientará a predecir, valorar y prevenir los efectos directos sobre el paisaje y los indirectos a través del abandono de las prácticas agrícolas.

##### C) Directrices indicativas.

Se considera compatible el uso recreativo de estos paisajes para lo que se recomienda propiciar accesos escénicos a miradores”.

Los puntos A), B) y C) del precepto no dejan lugar a duda de que en esa categoría de suelo rústico de protección el destino principal del mismo es la protección del paisaje y de la agricultura, en cuanto que los cultivos resultan elementos fundamentales de la calidad visual a proteger, y, por ello, no estaban autorizadas ni la construcción de edificios ni de infraestructuras aéreas, ni tampoco cualesquiera obras que requirieran movimientos de obras,





salvo supuestos de interés público y previa Evaluación de Impacto Ambiental, y que, como directriz indicativa, sólo se contempla como compatible el uso recreativo de los paisajes que se protegen en el planeamiento. Por ello, la licencia de actividad solicitada no podía ser siquiera objeto de tramitación procedimental en cuanto el suelo del emplazamiento donde se pretendía aquella no lo admitía y, sin embargo, se contemplaban ya en el Proyecto Básico y Memoria presentados por el promotor instalaciones que iban destinadas al ejercicio de una industria y actividad vitivinícola no admitida.

Tampoco las normas urbanísticas del Ayuntamiento de Yaiza, concretamente su Plan General de Ordenación Urbana, de 31 de marzo de 1974 entonces vigente, autoriza aquel uso del suelo al considerarlo como Suelo Rústico de Protección. Protecciones Especiales. Como antes se expuso, el PGOU de Yaiza dispone lo siguiente: “La zona de La Geria, que por su especial conformación y paisaje espectacular podría considerarse un Parque de Turismo, mantendrá estas características especiales y no se permitirán en ella Planes Parciales de ningún tipo, tendentes a modificar o reordenar la zona. No se permitirán la instalación de industrias de ningún tipo, ni aunque sean vitivinícolas. No se considera industrial a estos efectos los lagares y bodegas”. El Proyecto Básico y Memoria presentados en el año 2005 junto a la solicitud de licencia de actividad, detallaban instalaciones propias de una bodega de carácter industrial, ajena y diferente a los lagares y bodegas tradicionales y centenarias implantadas en el municipio de Yaiza y a las que, por ejemplo, y en clara diferenciación respecto a la industria vitivinícola instalada por el encausado Juan Francisco Rosa Marrero, hacía referencia D. Pascual Calabuig en la carta que obra al folio 5133 del Tomo 14 de las actuaciones, en la que textualmente se dice lo siguiente “Lo que mas conocí a pesar de todo, aparte de los volcanes, fue La Geria y su vino, parándome aquí y allá en casas de campo o tiendas particulares con su pequeña bodega que ayudándose pisaban uva y hacían su vino con su trabajo artesano en poca cantidad hasta que algunos enderezaron su rumbo comercial...”. Dicha misiva aparece recogida en la revista Lancelot del día 9 de mayo de 2008 y fue aportada por la representación de la acción popular con su inicial escrito de calificación provisional, sin que dicha documentación haya sido objeto de impugnación alguna.

La prueba documental referida a los informes emitidos por el encausado Vicente Bartolomé Fuentes en fecha 1 de agosto de 2005, obrante al folio 474 del Tomo II del Procedimiento Abreviado de esta Sala, y el emitido por el Técnico Municipal, Andrés Morales González, unido al folio 470 de dicho Tomo, evidencian la conducta que se atribuye a los encausados de informar de forma favorable a la iniciación de la tramitación del expediente de actividad clasificada, con incumplimiento de la disposición del artículo 16.1 de la Ley 1/1998, cuando lo adecuado a la legalidad vigente era el informar respecto a la improcedencia de la iniciación del trámite del expediente al ser procedente la denegación expresa de la licencia a la vista del planeamiento territorial y urbanístico. Es decir, al redactar sus informes con base en el único fundamento de la solicitud presentada y el Proyecto y Memoria acompañados a la misma, contraviniendo la realidad evidente que había de ser objeto de consideración expresa de que el tipo de suelo donde se trataba de realizar la actividad no autorizaba el uso pretendido por aquella, lo que había de ser sobradamente conocido por los acusados en cuanto que la función que desempeñaban los mismos en el Ayuntamiento exigía de la observación y atención permanente a la normativa del propio PGOU de Yaiza y a la del planeamiento insular como instrumento normativo de superior rango, los encausados colaboraron de forma necesaria y decisiva a que se dictara la resolución por la que se acordó por el otro encausado, el Alcalde







José Francisco Reyes Rodríguez, la iniciación del trámite del expediente. Y es que como señala la STS núm. 604/2017, de 5 de septiembre de 2017 (ROJ: STS 3242/2017), al diferenciar la cooperación necesaria de la complicidad, “También ha declarado esta Sala reiteradamente que la complicidad se distingue de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso. Lo decisivo para deslindar la cooperación necesaria de la complicidad es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores; la complicidad requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado en términos de prescindibilidad concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas, debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción una aportación que aunque, no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal ( SSTS. 1216/2002, de 28-6 ; 676/2002, de 7-5 ; 185/2005, de 21-2 ; 94/2006, de 10-1 ; 16/2009, de 27-1 y 109/2012, 14-2 o 165/2016 de 2 de marzo)”. En este caso, la aportación de los encausados se muestra decisiva para el dictado de una resolución que contravenía la legalidad que había de ser respetada y aplicada, y los informes por ellos realizados han de considerarse determinantes para que fuera acordada la iniciación de la tramitación del expediente en un supuesto en que aquella instrucción era contraria a la norma establecida en el artículo 16.1 de la Ley 1/1998, en relación con la normativa del planeamiento territorial y urbanístico. En ese sentido, en la declaración prestada por el encausado José Francisco Reyes Rodríguez, únicamente a preguntas de su Letrado defensor, manifestó que él se limitó a aprobar lo que se consideraba favorable, haciendo con ello referencia al carácter determinante de los informes favorables a la tramitación del expediente que habían emitido el secretario y el técnico para el dictado de la resolución. Es significativa, de otra parte, la celeridad con que se llevó a cabo la actuación de los tres encausados, quienes en 10 días hábiles del mes de agosto de 2005 efectuaron sus informes, se acordó el inicio de la tramitación y, de hecho, se remitieron todos los oficios y comunicaciones acordados y se remitió al Cabildo el proyecto para calificación de la actividad, cuando dicha remisión es procedente una vez concluido el expediente, y todo ello en ejecución de una actuación conjunta y destinada a agilizar y favorecer una tramitación legalmente improcedente.

Concurren en la actuación de cooperación necesaria llevada a cabo por los encausados el elemento objetivo y subjetivo de la misma. El elemento objetivo, que supone una acción efectiva y real de contribución al delito, con actos de ejecución eficaces y trascendentes, no meramente periféricos, siendo la nota la imprescindibilidad, de tal suerte que sin esta actividad difícilmente se hubiera cometido el delito, o en otros términos, si suprimiendo mentalmente el aporte causal (acto cooperador) el resultado no se hubiera producido; y el elemento subjetivo, integrado por un previo acuerdo o concierto, en el que se planifica la acción, lo que no significa que deba aportar una forma determinada o que sea concurrente a la acción o se incorpore adhesivamente a ella, pero implicando siempre una tácita aquiescencia a la realización del hecho delictivo.

El encausado José Francisco Reyes Rodríguez dictó el Decreto de 12 de agosto de 2005, obrante al folio 471 del Tomo II, que acuerda la iniciación de la instrucción del expediente de licencia de actividad clasificada. Dicha resolución fue dictada en contravención del referido artículo 16.1 de la Ley canaria 1/98 del Régimen Jurídico los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, sin que la existencia de los dos informes que habían emitido el





Secretario y el Técnico Municipal, aunque decisivos para su resolución, justificara la inobservancia por el regidor municipal de su obligación de resolver conforme a la Ley. Ha de tomarse en consideración a este respecto que el entonces Alcalde del municipio de Yaiza, municipio turístico de la isla de Lanzarote, que había ejercido ya ese cargo al menos entre los años 1998 a 2003 (conforme consta en el Hecho Probado Primero de la sentencia de fecha 19 de abril de 2017, dictada en el Procedimiento Abreviado n.º 88/2015 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas en conformidad del allí acusado José Francisco Reyes Rodríguez con los hechos relatados por el Ministerio Fiscal en aquel procedimiento y que fue aportada por el Ministerio Fiscal al inicio de las sesiones del juicio oral, de conformidad con lo que autoriza el artículo 786.2 de la LECrim), y continuó en el mismo al menos hasta el año 2006, estaba por tanto en disposición de conocer la normativa urbanística del PGOU del municipio que gobernaba y la propia de la Ley canaria 1/1998 de Actividades Clasificadas. Sin embargo, sin otra explicación razonable que la de su propia voluntad y la intención de favorecer la posterior concesión de la licencia de actividad solicitada, como acredita el contenido del denominado Informe Municipal emitido por el Sr. Reyes Rodríguez de fecha 29 de mayo de 2006 y al que se hace referencia en el Hecho Probado Sexto, en el que ya el acusado informa de la procedencia del otorgamiento de la licencia, dictó una resolución que vulneraba la legalidad. Aunque por su contenido pudiera entenderse que el Decreto dictado por el acusado constituye una resolución de mero trámite, sin embargo consideramos que tiene trascendencia jurídico-penal precisamente porque la norma de aplicación a la solicitud formulada, el artículo 16.1 de la Ley 1/98, impedía que en ese supuesto se iniciara la tramitación y, por el contrario, autorizaba que se acordara la denegación expresa de la licencia. Si bien es cierto que el artículo 16 de la referida Ley establece como norma general imperativa que el Alcalde ordene la instrucción del expediente de actividad clasificada una vez presentada la solicitud de licencia y el proyecto técnico a que se refiere el artículo 15, sin embargo, como el propio precepto establece una excepción a la norma general que, caso de concurrir, conlleva la denegación expresa de la licencia sin efectuar tramitación de expediente alguno, la referida resolución no cabe ser entendida como de mero trámite porque supone una manifestación de voluntad que, en su aparente inocuidad, decide sobre el fondo de una cuestión que había de someterse al juicio previo de la administración y a la valoración de si existían razones urbanísticas por las que era procedente no iniciar el trámite, con los consecuentes efectos para el administrado. Se trata de una resolución administrativa que no puede considerarse inofensiva en cuanto que con ella se autorizó la continuación de un procedimiento administrativo que, conforme a la Ley, no debía haberse producido.

La existencia de informes favorables de los técnicos para la iniciación de la instrucción del expediente administrativo no justifica que sea dictada una resolución que contraviene la legalidad, porque tal y como señala la STS 2973/2017, de 19 de julio de 2017, "El recurrente no puede parapetarse en la confianza que tenía en los técnicos, lo que, como ya recordó esta Sala en la STS 247/2017 de 5 de abril, constituye un verdadero <<mantra>> que recorre en todos los procesos penales de corrupción política/económica."

Por otra parte, como indica la STS núm. 1051/2013, de 26 de septiembre de 2013, "Sobre el alcance el elemento subjetivo " a sabiendas de su injusticia" que se recoge en el artículo 404 del Código Penal, esta Sala también se ha pronunciado . Así, en la Sentencia 228/2013, de 22





de marzo, se declara que es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad 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, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo ( STS. 443/2008 de 1.7)”. Como ya se ha razonado, y así evidenciaría el informe municipal que realiza el Sr. Reyes Rodríguez en fecha 29 de mayo de 2006, el mismo día en que presenta su segundo informe el técnico municipal Sr. Morales González, el Alcalde encausado dictó una resolución arbitraria que era producto de su voluntad y dirigida a beneficiar los intereses concretos del administrado solicitante de la licencia, lo que, además, venía a consolidar la ilegal actuación desarrollada en el tiempo por el acusado en el ejercicio de su cargo de Alcalde del Ayuntamiento de Yaiza, tal y como así acredita el extenso relato de Hechos Probados que constan en la sentencia dictada en conformidad del mismo por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en fecha 19 de abril del presente año, a la que antes se ha hecho referencia.

#### **B) Delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.1º del CP.**

El Ministerio Fiscal, la acusación particular y la acción popular formulan acusación contra Vicente Jesús Bartolomé Fuentes, Andrés Morales González y Manuel J. Spínola Perdomo, al considerar a los mismos como autores del delito de prevaricación urbanística que tipifica el artículo 320.1º del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, vigente a la fecha de los hechos.

La acusación se fundamenta en el hecho de que los encausados informaron favorablemente la concesión de la licencia de actividad clasificada de bodega, solicitada por Juan Francisco Rosa Marrero en nombre y representación de la entidad Juan Francisco Rosa Marrero e Hijos, S.L. el día 29 de julio de 2005, no obstante ser la misma contraria a las normas del planeamiento territorial del PIOT de Lanzarote y a las normas del PGOU del municipio de Yaiza.

El artículo 320.1º del Código Penal, en la redacción vigente a la fecha de los hechos, dispone: “La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.”

Como explica la STS 663/2005, de 23 de mayo (EDJ 2005/157539) “La distinción entre el ilícito penal y el administrativo radica en la gravedad de la infracción cuya calificación atiende, en primer lugar, a criterios materiales que reservan la sanción penal para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido en una situación de peligro grave; en segundo lugar, por razón





del desvalor ético-social que la conducta merezca en el contexto cultural. El ámbito típico punitivo ha de restringirse, de acuerdo con los principios de intervención mínima, subsidiaridad y última ratio, a los supuestos en que resulte afectado el objeto material del delito, pues el elemento configurador de la tipicidad penal y de su antijuridicidad material lo constituye la lesión del bien jurídico penal.

Como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, este delito introducido en el CP. 1995, 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 aun 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.

Ahora bien, como enseña la jurisprudencia (SSTS. 17.3.95, 2.7.97, 10.2.2003 ), lo característico de la prevaricación es que la resolución ha de ser arbitraria , expresión que sustituye a la anterior de injusta, que había sido entendida como algo más que meramente ilegal, o de posible corrección en el propio proceso administrativo o por vía de recurso, para incluir en el concepto penal exclusivamente aquella injusticia clara y manifiesta, verdadero y patente torcimiento del Derecho por su total contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así no puede existir una duda razonable sobre la injusticia de la resolución, ni tratarse de una cuestión sujeta a interpretación doctrinal o perjudicial, pues en tales casos desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en la vía correspondiente y nunca en la penal.

En todo caso, en el delito de prevaricación urbanística que nos ocupa la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable”.

El encausado Vicente Jesús Bartolomé Fuentes, presente en su condición de Secretario municipal en la Junta de Gobierno Local del día 19 de diciembre de 2008 en la que se concedió la licencia de actividad, informó verbalmente y en sentido favorable a la concesión de la licencia en cuanto puso de manifiesto que todos los informes previos eran favorables a la misma. En los Hechos Probados de la sentencia de 19 de abril de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el Procedimiento Abreviado n.º 88/2015, en conformidad del Sr. Bartolomé Fuentes, se describen supuestos de hecho en los que consta que el aquí encausado había informado en la concesión de licencias de obras por el Ayuntamiento de Yaiza en fechas anteriores en el sentido de que era obligatorio el solicitar al Cabildo Insular el informe de compatibilidad exigido en el Apartado A.3) de las Disposiciones Transitorias recogidas en el artículo 6.1.2.1 del Decreto 63/1991, que aprueba definitivamente el PIOT de Lanzarote, según el cual, “En tanto no se adapte el planeamiento municipal y parcial, la concesión de licencias, incluidas las de apertura, exigirá un informe previo del Cabildo sobre compatibilidad con el Plan Insular, a emitir en el plazo de un mes, entendiéndose





favorable transcurrido dicho plazo”. Sin embargo, en este caso, consciente el acusado de la omisión de ese trámite previo, preceptivo y fundamental para la concesión de la licencia de actividad, dio su opinión favorable a dicha concesión. Además, era conocedor de que la actividad a desarrollar no estaba permitida ni por el PGOU de Yaiza, que no autorizaba la instalación de industrias ni aunque fueran vitivinícolas, ni tampoco el uso era compatible con el establecido en el punto C) del artículo 4.2.2.6 del Plan Insular, ya que, como se ha expuesto, la categoría de suelo correspondiente al emplazamiento de la actividad no se admitía mas que el uso recreativo. El encausado conocía que informaba favorablemente a la concesión de una licencia contraria a la normativa urbanística, y, por ello, su conducta queda incardinada en el tipo penal del artículo 320.1º del CP por el que es acusado. En su declaración en el plenario manifestó el acusado que el uso venía determinado por la autorización concedida por la Dirección General de Urbanismo el día 24 de marzo de 1999. Sin embargo, conforme se ha razonado en el punto **A)** del presente Fundamento Jurídico, aquella autorización, que era previa a la concesión de la licencia de obras, no autorizaba el uso ni se pronunciaba sobre la compatibilidad de la actividad; tampoco tenía aquella autorización previa relación alguna con la actividad solicitada y, por ello, no constituía título habilitante de la misma.

En el supuesto del encausado Andrés Morales González es clara, a juicio del Tribunal, la comisión del delito contra la ordenación del territorio por el que es acusado. Al elaborar el informe de fecha 29 de mayo de 2006, en el que, entre otras consideraciones de carácter técnico, había de pronunciarse sobre la adecuación del proyecto a la normativa urbanística de aplicación y a las ordenanzas municipales, conforme exige el artículo 16.b) de la entonces vigente Ley canaria 1/1998, el acusado se limitó a hacer constar a estos efectos que “ 2. El emplazamiento cuenta con la autorización de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias”, habiendo señalado también en su primer informe de fecha 12 de agosto de 2005, que ese emplazamiento estaba de acuerdo con las ordenanzas municipales. Sin embargo, ni la actividad pretendida era conforme con el propio PGOU del municipio de Yaiza, ni la autorización del Gobierno de Canarias constituía título habilitante alguno de la licencia de actividad, conforme se ha razonado anteriormente.

En la declaración prestada en el plenario por el acusado, a respuesta exclusiva de las preguntas de su Letrado defensor, manifestó que al realizar su informe no atendió a las disposiciones del PIOT de Lanzarote, al considerar que era un instrumento que no debía valorar. Sin embargo, el artículo 2.1 de la Ley 1/1987, de 13 de marzo, reguladora de los Planes Insulares de Ordenación establece lo siguiente: “Los Planes Insulares de Ordenación establecen las determinaciones de ordenación y las directrices de compatibilidad y de coordinación sectorial sobre el marco físico, adecuadas para definir el modelo territorial a que deben responder los planes y normas inferiores de su ámbito”, y en el artículo 2.4 señala que “Los planes insulares de ordenación se articulan entre los de carácter directivo regulados por el ordenamiento urbanístico vigente y en todo caso superiores jerárquicamente al planeamiento municipal”. Por su parte, el artículo 1.1.1.1. 3), a) del Plan Insular de Ordenación Territorial de Lanzarote, aprobado por Decreto 63/1991, de 9 de abril, reitera la finalidad del Plan Insular de Ordenación de acuerdo con la Ley 1/1987, y en el punto d) el carácter superior jerárquico del mismo respecto al planeamiento municipal. Todos estos preceptos evidencian la necesidad de observar la normativa de aquel plan de ordenación territorial, cuya naturaleza es urbanística, conforme establece la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso





Administrativo del TSJ de Canarias, de fecha 14-3-2012, y a lo que no podía sustraerse el Sr. Morales González porque, además, así venía impuesto por el artículo 16 de la Ley 1/98 que exigía revisar la adecuación del proyecto a la normativa urbanística de aplicación y, por tanto, a la de la regulación de los usos del suelo compatibles con el suelo rústico de protección por su valor paisajístico donde se emplazaban las instalaciones de bodega industrial para las que se solicitaba la licencia. A este respecto, el testigo D. Antonio Andrés Lorenzo Tejeda, Ingeniero Industrial y Jefe de la Oficina Técnica del Ayuntamiento de Yaiza, declaró “que él es ingeniero industrial y valora la importancia de la modificación del PIOT”, “que ratifica su manifestación de que lo que no está en el PIOT no existe” y que “El lugar de emplazamiento de una determinada actividad viene condicionada por el PIOT, que es el instrumento de regularización del uso del suelo”.

El informe del técnico municipal encausado, que ha de entenderse favorable a la actividad a desarrollar según los términos en que se expresa, fue emitido no obstante haberse vulnerado la disposición Transitoria A.3) contenida en el artículo 6.1.2.1 del Decreto 63/1991, que aprueba definitivamente el PIOT de Lanzarote, a la que antes se ha hecho referencia. Es decir, que al igual que ocurría con el Secretario municipal, se informó de forma favorable a la concesión de la licencia de actividad sin que se hubiera cumplimentado un trámite obligatorio, preceptivo y esencial establecido en el PIOT para la concesión de la licencia de apertura. En relación con ello, la STS 497/2012, de 4 de junio de 2012 expone lo siguiente: “Sin embargo, no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. Así, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. El art. 63.2 de la 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 ya citadas SSTS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre, o núm. 76/2002, de 25 de enero, no se refieren a la omisión de cualquier trámite, sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando el hecho de 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 irregular forma de proceder elimina los mecanismos establecidos precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales ( STS núm. 331/2003, de 5 de marzo) ”.

Por otro lado, el informe se fundamentó en la autorización concedida por la Dirección General de Urbanismo del Gobierno de Canarias conforme a la Ley del Suelo de Canarias, de 7 de abril de 1987, pero, como ya se ha expuesto, aquella autorización no guardaba relación alguna con la licencia de actividad ni habilitaba la concesión de la misma y, conforme resulta también del informe previo que había realizado el encausado en fecha 12 de agosto de 2005, éste consideraba que debía iniciarse la tramitación del expediente y, en definitiva, concederse la licencia, porque el emplazamiento estaba de acuerdo con las ordenanzas municipales,





cuando, conforme se ha razonado, el PGOU de Yaiza prohíbe expresamente las industrias vitivinícolas en la zona de La Geria.

Por el contrario, la realización del informe favorable de actividad clasificada por parte del encausado Manuel Spínola Perdomo, que obra al folio 465 del Tomo II, no es constitutivo del delito de prevaricación urbanística que tipifica el artículo 320.1º del Código Penal. A diferencia de lo que ocurre con los informes emitidos por el secretario y el técnico municipal del Ayuntamiento de Yaiza, el Sr. Spínola Perdomo, Ingeniero Industrial del Departamento de Actividades Clasificadas del Cabildo Insular de Lanzarote, realizó un informe favorable de carácter exclusivamente técnico, en el que, después de que hubieran sido subsanadas por el promotor de la licencia de actividad las deficiencias apreciadas en sus dos informes previos desfavorables (folios 489 y 496 de ese Tomo II), consideró que, desde el punto de vista técnico, y advirtiendo en su informe que el nivel máximo de ruidos era de 70 decibelios y el aforo de 46 personas, las medidas correctoras eran adecuadas a la normativa sectorial. Considera este Tribunal que este informe no vulnera normativa urbanística alguna porque el mismo no debía versar sobre materia urbanística ni, por tanto, a diferencia de los funcionarios municipales, debía realizar el Sr. Spínola Perdomo valoración alguna sobre usos del suelo y adecuación de la actividad al planeamiento insular y a la normativa urbanística municipal. En su caso, sería competencia de los técnicos de urbanismo del PIOT del Cabildo el elaborar un informe de carácter jurídico sobre la adecuación de la actividad a la normativa urbanística y al uso autorizado del suelo, pero no correspondía al Sr. Spínola la obligación legal de informar de los aspectos urbanísticos que pudieran afectar a la calificación de la actividad. Por eso consideramos que el encausado realizó un informe acorde a lo que era de su exclusiva competencia, que no trascendía más allá de los aspectos técnicos por él informados, esto es, el de la adecuación del Proyecto a la normativa sectorial de actividades clasificadas. En tal sentido, lo resuelto en la STS 752/2016, de 11 de octubre de 2016 -rec. 343/2016- , que absuelve a un arquitecto acusado de este delito, puede considerarse aplicable a la actuación que tenía encomendada D. Manuel Spínola y que fue desarrollada por el mismo y que esta Sala considera que no es subsumible en el tipo penal del artículo 320.1º del CP.

### **C) Delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.2º del CP.**

La acusación pública, la particular y la acción popular, en sus calificaciones elevadas a definitivas, acusan del delito de prevaricación urbanística, previsto y penado en el artículo 320.2º del Código Penal de 1995, a José Francisco Reyes Rodríguez, Alcalde del Ayuntamiento de Yaiza al menos desde el año 1998 hasta el año 2006, en relación al denominado “Informe Municipal” de fecha 29 de mayo de 2006 efectuado por aquel, a la encausada, Excm. Sra. D<sup>a</sup> Gladys Acuña Machín, Alcaldesa actual de Yaiza y Diputada del Parlamento de Canarias, y a los encausados D. Leonardo Rodríguez García, D. Juan Lorenzo Tavío Santana y D. Evaristo García Pérez, Concejales del Grupo de Gobierno de aquel Ayuntamiento y que el día 19 de diciembre de 2008 acordaron de forma colegiada el otorgamiento de la licencia de actividad de Bodega, solicitada por D. Juan Francisco Rosa Marrero el día 29 de Julio de 2005, en nombre y representación de la entidad Juan Francisco Rosa e Hijos, S.L., que sería posteriormente absorbida por la entidad BTL LANZAROTE, S.L., también representada por el Sr. Rosa Marrero.





El referido artículo 320.2º del Código Penal de 1995, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, dispone:

“2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión (de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes) a sabiendas de su injusticia”. Las penas previstas en el precepto son las de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años (por la remisión efectuada a la establecida en el artículo 404 del CP), y, además, la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

De conformidad con lo expresado en la STS núm. 766/1999, de 18 mayo , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP -y, por su expresa conexión, del art. 320 CP - cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere ese resultado, anteponiendo el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

En conclusión, serán requisitos de este delito: 1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) 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.

Esta doctrina jurisprudencial se reitera en la antes mencionada STS núm. 497/2012, de fecha 4 de junio de 2012 (recurso 732/2011), citada a su vez en la STS 752/2016 de 11 de octubre (RJ 2016/5315), en la que, entre otros pronunciamientos jurídicos se contienen los siguientes:

“1. El artículo 320.2 del Código, en su redacción aplicable a los hechos aquí enjuiciados, sancionaba a la autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, hubiere resuelto o votado a favor de la concesión de proyectos de edificación o de licencias contrariamente a las normas urbanísticas vigentes, a sabiendas de su injusticia.

Como se encargan de recordarnos las SSTS núm. 663/2005, de 23 de mayo , y 363/2006, de 28 de marzo , por poner algunos ejemplos, tal delito no es sino una especialidad del más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues, al igual que éste, protege el correcto ejercicio del poder público, que en un estado de derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni siquiera bajo el pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos. Por el contrario, debe ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciña al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.

Siendo lo característico de toda prevaricación que la resolución dictada sea «arbitraria» - término que sustituye al anterior de «injusta», que había sido entendido como algo más que meramente ilegal o de posible corrección en el propio proceso administrativo o por vía de recurso-, el actual concepto penal afecta exclusivamente a la injusticia clara y manifiesta, con







verdadero y patente torcimiento del derecho por su total contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, como sigue señalando la STS núm. 663/2005, no habrá delito si existen dudas razonables sobre la injusticia de la resolución o si se trata de una cuestión sujeta a interpretación doctrinal o jurisprudencial, pues "en tales casos desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en la vía correspondiente, y nunca en la penal. En todo caso, en el delito de prevaricación urbanística que nos ocupa la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable".

Interpretando qué debe entenderse por esta infracción de la legalidad urbanística que se adentra en el ámbito penal, aclara la ya citada STS núm. 363/2005, remitiéndose para ello a la STS núm. 766/99, de 18 de mayo, que el control de la legalidad de los actos emanados de órganos de la administración pública corresponde a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que no debe confundirse con el enjuiciamiento por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal de las personas que, ocupando y desempeñando funciones propias de órganos de la administración, incurran en conductas que revistan los caracteres de delito. Estos jueces y tribunales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecido en el art. 106.1 CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y tribunales el art. 117.3 CE, destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de aquel sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que proclama el art. 9.1 CE. No se trata, por lo tanto, de ejercer un control sobre la administración pública, sino sencillamente de declarar cuándo procede ejercer el «ius puniendi» del estado contra la persona -autoridad o funcionario- que se ha desviado de la legalidad con su comportamiento, realizando un hecho penalmente típico.

En el caso del art. 320 CP, 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, mientras que la modalidad genérica del art. 404 CP exige que la autoridad o 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 jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica (SSTS núm. 331/2003, 1658/2003J ó 1015/2002), bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado. 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 o meramente auxiliar respecto del derecho administrativo: ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico, 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.





La acción típica consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, lo que, según reiterada jurisprudencia, puede manifestarse en su dictado sin tener la competencia legalmente exigida, en la falta de respeto a las normas esenciales de procedimiento, en la contravención en su fondo de lo dispuesto en la legislación vigente, en una desviación de poder, etc. ( STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). También puede apreciarse en casos de total ausencia de fundamento, de omisión de trámites esenciales del procedimiento, de patente extralimitación de la legalidad o de abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio hacia los intereses generales ( SSTS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre, ó núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad o 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», por lo que este último solamente se ocupará de sancionar las más graves vulneraciones de la legalidad, es decir, conductas que superan la mera contradicción con la ley para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. Ello lleva a distinguir entre las meras ilegalidades administrativas (aunque en ocasiones sean tan graves que provoquen su nulidad de pleno derecho) y las ilegalidades que, superando el ámbito administrativo, comportan la comisión de un delito.

Aun en supuestos de grave infracción del derecho aplicable, no pueden identificarse, sin más, los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contempla como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. Ello revela que, para el legislador, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito ( STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). No basta, pues, con la contradicción con el derecho: para que una acción pueda ser calificada como delictiva será preciso ese «plus», concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución «injusta» y/o «arbitraria», términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

En este sentido, una muy consolidada jurisprudencia, incluso anterior al Código Penal vigente, viene poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Otras sentencias de esta Sala, sin abandonar las tesis objetivas, ponen el acento en el ejercicio arbitrario del poder colocado en manos de la autoridad o funcionario público ( art. 9.3 CE), como cuando la autoridad o funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino mero 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 núm. 766/1999, de 18 mayo, y núm. 2340/2001, de 10 de diciembre); también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor





competencia legal para dictarla-, en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis ( STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), en la insostenibilidad de la resolución mediante los cánones interpretativos admitidos ( STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre, y núm. 76/2002, de 25 de enero), en la falta de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor ( STS núm. 878/2002, de 17 de mayo). Cuando esto sucede, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa en derecho, orientado al funcionamiento de la administración pública conforme a las 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 que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP -y, por su expresa conexión, del art. 320 CP- cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere ese resultado, anteponiendo el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

En conclusión, serán requisitos de este delito: 1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) 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; 4) que ocasione un resultado materialmente injusto; y 5) que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho”.

En primer lugar, por lo que hace referencia a la actuación del encausado José Francisco Reyes Rodríguez, la acusación dirigida al mismo por la comisión del delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2º CP se formula porque, en su condición de autoridad municipal y tal y como expresamente se recoge en el Hecho Probado Sexto de esta resolución, firmó en el expediente 32/05 el encabezado como “INFORME MUNICIPAL”, en el que textualmente consta lo siguiente: DECRETO.- EN YAIZA A 29 DE MAYO DE DOS MIL SEIS

Visto el expediente que se tramita a instancia de D. JUAN FRANCISCO ROSA MARRERO EN REP. DE JUAN FRANCISCO ROSA E HIJOS S.L. HA SOLICITADO LICENCIA MUNICIPAL PARA INSTALACIÓN DE BODEGA CON EMPLAZAMIENTO EN BARRANCO DEL OBISPO EN LA GERIA T.M. DE YAIZA

CONSIDERANDO que cumplidos los trámites prevenidos y aportados los informes de los técnicos competentes, aparece acreditado que el emplazamiento de la actividad y las circunstancias de orden que lo caracteriza están de acuerdo con las ordenanzas municipales. Por la presente RESUELVO en orden a las facultades que me confiere el vigente ordenamiento





jurídico local emitir informe en el sentido de que procede conceder la licencia solicitada y que se remita el expediente completo tramitado al CABILDO INSULAR DE LANZAROTE a los efectos procedentes.-”.

Sin embargo, considera el Tribunal que tal particular Informe-Decreto no colma el tipo penal que tipifica el artículo 320.2º del CP. De una parte, porque el referido Informe no resuelve la concesión de licencia alguna o la votación a favor de su concesión, conforme exigen los verbos nucleares del tipo penal, sino que se limita a informar o a dar la opinión de que procede la concesión de la misma. De otra parte, porque lo que establece el artículo 16. c) de la Ley 1/1998 es que “Finalizadas las actuaciones a que se refieren los apartados anteriores y en un plazo no superior, en todo caso, a los dos meses desde la fecha de presentación de la solicitud, se remitirá el expediente, con informe razonado del órgano municipal competente, sobre la actividad y demás documentación obrante en el expediente, al Cabildo insular para la emisión del informe de calificación de la actividad”. La elaboración de este informe razonado por el órgano municipal competente que exige el precepto no corresponde al Alcalde, pues tal atribución no se encuentra contemplada entre las que, con carácter general, se le asignan por el artículo 124 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. En cualquier caso, no consta tampoco acreditado que ese Informe atípico diera cobertura o sirviera de fundamento a la efectiva concesión de la licencia que se produciría dos años y siete meses más tarde y por parte de una Corporación Municipal de la que ya no formaba parte el encausado. Entendemos, por tanto, que la elaboración de aquel Informe por el encausado no puede ser subsumido en el tipo penal del artículo 320.2º del CP.

En cuanto a la actuación por la que son acusados la Excm. Sra. D<sup>a</sup> Gladys Acuña Machín y los Sres. Concejales D. Leonardo Rodríguez García, D. Evaristo García Pérez y D. Juan Lorenzo Tavío Santana, quienes, como integrantes de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Yaiza, otorgaron la licencia de actividad clasificada en fecha 19 de diciembre de 2008, ha de hacerse referencia al bien jurídico protegido por el tipo penal.

La STS núm. 363/2006, de 28 de marzo (RJ 2007/1848) se refiere a cual es el bien jurídico protegido en el delito de que aquí se trata, y establece lo siguiente: “NOVENO. Pues bien no podemos olvidar que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la "normativa" sobre ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia, en el art. 319 , y a la prevaricación administrativa, en el art. 320 CP , sino que así como en el delito ecológico (art. 325 ), no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el "delito urbanístico" no se tutela la normativa urbanística -un valor formal o meramente instrumental- sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del suelo orientada a los intereses generales" (arts. 45 y 47 CE .), es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados "intereses difusos" pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. Su protección -entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o





colectivos y que obedece a la exigencia de intervención de los Poderes Públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución”.

A la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta consideramos que la protección que brinda el precepto a la ordenación del territorio no viene limitada a la protección del suelo entendido en un mero sentido topográfico, sino que el precepto otorga una protección integral a todos los aspectos de la ordenación territorial, a la utilización adecuada del suelo, de sus usos y de respeto a los valores de interés colectivo que su carácter de bien limitado impone, en aquellos supuestos en que los mismos pueden verse afectados por actuaciones de los poderes públicos contrarias a una utilización adecuada del territorio. Así se desprende del contenido del artículo 4.2 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y los Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, y de los artículos 5 y 6 del mismo. Por otra parte, como se indica en la STS 1127/2009, de 27 de noviembre (Recurso 1539/2009), “no cabe desconocer que con la sanción penal a la prevaricación urbanística no sólo se trata de proteger la ordenación del territorio sino también la administración pública como en toda prevaricación administrativa”.

Aunque desde el punto de vista del Derecho Administrativo la licencia de apertura, hoy actividad, se estima como una licencia de carácter sectorial, sin embargo, puede considerarse que tiene un componente urbanístico en la medida en que autoriza una instalación y, por tanto, un uso del suelo. Por tal razón, en el otorgamiento de esta licencia se ha de comprobar si el uso para el que ha de destinarse la instalación está permitido por la normativa urbanística, y, por tanto, comprobarse cuales son los usos autorizados en ese caso por aquella. En tal sentido se ha de considerar que cuando en el otorgamiento de una licencia de actividad se contravienen las normas urbanísticas que determinan un uso específico del suelo, se atenta contra el bien jurídico que protege y salvaguarda el precepto.

En el presente caso, la Alcaldesa y Concejales encausados, actuando en forma colegiada, otorgaron una licencia de actividad que no sólo contravenía el limitado uso autorizado del suelo protegido donde se emplaza la bodega, conforme dispone el artículo 4.2.2.6 del PIOT de Lanzarote, que sólo autoriza el uso recreativo del mismo, sino que, además, vulneraba la propia normativa urbanística municipal dado que, como ya se ha reiterado, en el calificado como Suelo Rústico de Protección. Protecciones Especiales que corresponde a la zona de La Geria, no se autorizaba la instalación de industrias vitivinícolas y únicamente quedaban consolidadas en el Plan de Ordenación del municipio de Yaiza los lagares y bodegas tradicionales y centenarias que en él existían. Como se relata en los Hechos Probados, la licencia de actividad fue concedida a pesar de conocer los encausados que la referida bodega ya estaba en funcionamiento, tal y como había advertido el Viceconsejero del Consejo Insular de Aguas en su autorización provisional de fecha 24 de noviembre de 2008 y la propia técnico de sanidad D<sup>a</sup> Marta Betancor Correa al hacer constar en su visita de inspección de fecha 3 de diciembre de 2008 que había realizado la misma en compañía del enólogo de la bodega. Tampoco se tomó en consideración por los acusados que en las comunicaciones que había remitido D. Manuel Spínola Perdomo al Ayuntamiento con sus informes desfavorables y en el propio Decreto del Consejero Delegado del Cabildo de Actividades Clasificadas, de fecha 19 de junio de 2006, que resuelve informar favorablemente la actividad clasificada, se advertía que la zona donde se ubica la actividad había sido declarada como no apta por la oficina del PIOT, tal y como había hecho constar la técnico jurídico de dicha oficina D<sup>a</sup> Amada Fontes en un informe interno, ratificado en el plenario por prueba pericial de la autora del mismo, cuya





conclusión, no obstante ese carácter interno, se había incorporado a las comunicaciones remitidas por el Sr. Spínola al Ayuntamiento. En ese informe se decía expresamente que “el emplazamiento no es apto para la actividad solicitada y que el uso de la bodega en el tipo de suelo C) 2.1 no está permitido; en él se refería, asimismo, a la existencia de autorización del Gobierno de Canarias de 24 de marzo de 1999 para la construcción de una bodega, pero, como ya se ha razonado en esta resolución, aquella autorización para la edificación en suelo rústico no autorizaba el uso ni guardaba relación con la licencia de actividad solicitada ni con los Proyectos presentados y, por tanto, en ningún caso podía considerarse como título habilitante de la actividad. Pero es que, además, el día 2 de mayo de 2008, siete meses antes del otorgamiento de la licencia, la Sra. Alcaldesa de Yaiza y los Sres. Concejales encausados concurren como invitados al acto de inauguración-presentación de la bodega llevada a cabo por D. Juan Francisco Rosa Marrero, y, aunque en aquel preciso acto de inauguración no estuvieran en funcionamiento las instalaciones, es lo cierto que las mismas les fueron mostradas a los invitados y se degustó el vino que allí se producía.

Con tales antecedentes y las advertencias consignadas, los encausados, que tenían a su disposición el expediente de licencia de actividad n.º 32/05 y podían pedir a los técnicos y jurista municipales cuantas explicaciones y aclaraciones fueran necesarias tanto de carácter técnico como jurídico, habida cuenta de la envergadura y variedad de instalaciones existentes, directamente apreciadas por los encausados al serles mostradas el día de la inauguración de la bodega, y entre las cuales se encontraba un restaurante no contemplado en los Proyectos presentados, sin embargo, otorgaron la licencia y dictaron así una resolución producto de su propia voluntad y destinada a favorecer los intereses del promotor de la actividad, sin otro fundamento que el de los informes favorables de los técnicos que, conforme se ha expuesto, se apartaban de las disposiciones del planeamiento insular y la propia normativa urbanística municipal. El testigo D. Antonio Lorenzo Tejeda declaró en el plenario que normalmente él asiste a las Juntas de Gobierno (en este caso no lo había hecho al encontrarse de vacaciones en esas fechas), que se exhiben los expedientes a los Concejales y los informes allí existentes, y que ante consultas de los miembros de la Junta comparece el técnico competente para aclarar lo necesario. Se pone así en evidencia que en la Junta de Gobierno Local del día 19 de diciembre de 2008, la Sra. Alcaldesa y los tres Concejales que conformaban el Grupo de Gobierno pudieron ver no solo los informes municipales, sino también el propio informe del Cabildo y las advertencias que en el mismo se consignaban respecto a que el emplazamiento no era apto para la actividad y el uso no estaba permitido en el planeamiento insular, y podían haber interesado las explicaciones pertinentes de los técnicos.

Que por parte de la Alcaldesa y Concejales encausados se quería favorecer los intereses del empresario promotor de la actividad se entiende acreditado por el hecho de que le otorgaron la licencia de actividad a pesar de conocer que la bodega y sus instalaciones ya estaban funcionando, sin haber obtenido la licencia de puesta en funcionamiento, y no obstante conocer también que en aquellas instalaciones se había abierto un restaurante que ni siquiera figuraba en los Proyectos presentados por el promotor. A estos efectos, el testigo D. Antonio Lorenzo Tejeda declaró en el plenario que mientras no esté realizado el expediente de solicitud de puesta en funcionamiento, entiende que el expediente no ha concluido. Es también valorable el hecho reconocido por D<sup>a</sup> Gladys Acuña en su declaración en el plenario de la colaboración que





había prestado D. Juan Francisco Rosa Marrero al Ayuntamiento, en unión con otros hoteleros, cuando adelantaron el importe de la tasa de basura para poder desbloquear una huelga y pagar a la empresa, y, a título individual, cuando adelantó el pago del gasto municipal derivado del desplazamiento de un Club Deportivo. Entendemos que estos hechos acreditan, cuanto menos, la disposición de los encausados a conceder la licencia.

Como ya hemos señalado en el punto **A)** del presente Fundamento Jurídico, la existencia de los informes favorables de los técnicos municipales y el propio de calificación de la actividad del Cabildo, no eximía a los encausados, de los cuales dos eran Letrados de profesión, concretamente la Sra. Alcaldesa y el Concejal de Urbanismo, de la obligación de revisar, aclarar y consultar la adecuación de la actividad solicitada a la normativa urbanística del planeamiento territorial y municipal, si, además, como ya se ha dicho, constaban en el expediente las advertencias que, al respecto, se habían efectuado por el Cabildo, siendo el informe jurídico interno de D<sup>a</sup> Amada Fontes desfavorable al emplazamiento, lo que, de conformidad con el artículo 19.b) de la Ley 1/1998 de Actividades Clasificadas, hubiera debido dar lugar a la denegación de la licencia. Debe reiterarse lo dispuesto en la STS 2973/2017, de 19 de julio de 2017, antes citada, respecto al recurrente “mantra” de los informes de los técnicos como justificativos de decisiones ilegales.

Por otra parte, al ser concedida la licencia de actividad se vulneraron también las disposiciones contenidas en el artículo 63 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias (TRLOTC). En virtud de lo dispuesto en el artículo 48.2.h, 48.3.d y 48.12 del Decreto Legislativo 1/2000, que viene a definir los Espacios Naturales, así como en el Anexo de Reclasificación de los Espacios Naturales de Canarias, que contempla la zona de La Geria como Paisaje Protegido L-10, como ya había sido declarado por la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias, posteriormente derogada por haber sido incorporada al Texto Refundido, la referida zona de La Geria, donde se emplazan las instalaciones de bodega y anexas a la misma, aparece categorizada en el artículo 55 a). 2 del Decreto Legislativo como suelo rústico de protección paisajística, para la conservación del valor paisajístico natural o antropizado, y de las características fisiográficas de los terrenos. El mencionado artículo 63 del TRLOTC dispone lo siguiente en su párrafo 1º, letra a) “ Con carácter general, serán posibles los usos, actividades, construcciones e instalaciones que no estuvieran expresamente prohibidas por el plan insular o el plan general municipal y sean compatibles con el régimen de protección a que dicho suelo está sometido”, y en el punto b) se indica que “En el suelo rústico de protección natural, paisajística y cultural, así como en el suelo rústico de protección del entorno de espacios naturales protegidos y de itinerarios, sólo serán posibles con carácter general los usos y actividades que sean compatibles con la finalidad de protección y los necesarios para la conservación y, en su caso, el disfrute público de sus valores”. No se desprende del precepto que en el suelo rústico de protección paisajística pueda ser autorizado el uso del suelo para el destino de una actividad industrial y empresarial como la solicitada y luego concedida.

Se argumenta que la bodega Stratus ha quedado autorizada y consolidada en el Plan Especial del Paisaje Protegido de La Geria (PEPP). Se ha defendido en el plenario que la Bodega Stratus y las instalaciones de la misma están autorizadas por el PEPP de La Geria, elaborado conforme a la previsión del Decreto Legislativo 1/2000, que aprueba el Texto Refundido de las





Leyes de Ordenación del Territorio y de los Espacios Naturales de Canarias, y que prevé dicho Plan Especial como instrumento de ordenación de dicho Espacio Natural de La Geria. Entre otros aspectos jurídicos, en relación al mismo se practicó en el plenario prueba pericial con los peritos D<sup>a</sup> Joana Macías Fernández, que había elaborado el informe de fecha 5 de noviembre de 2014, a solicitud del Juzgado de Instrucción nº 5 de Arrecife, encargado de la instrucción de las Diligencias Previas de las que deviene el presente procedimiento (folios 4375 a 4437 del Tomo 13) y D<sup>a</sup> Blanca Lozano Cutanda, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco, que había elaborado un amplio y detallado informe a instancias del encausado D. Juan Francisco Rosa Marrero, aportado como prueba documental con su escrito de calificación provisional de fecha 7 de septiembre de 2016. Sin embargo, en primer lugar, el referido PEPP no podía constituir disposición normativa de aplicación y de cobertura a la licencia de actividad solicitada, porque a las fechas de solicitud (año 2005) y otorgamiento de la misma (año 2008), aquel Plan Especial era inexistente al haberse producido su aprobación inicial por Acuerdo de fecha 30 de junio de 2010, de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias (COTMAC). En segundo lugar, porque el referido Plan Especial ha sido declarado nulo ya desde la Sentencia firme dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Canarias, de fecha 14 de marzo de 2012, reiterada en posteriores sentencias también declaradas firmes entre las cuales cabe destacar la sentencia del mencionado Tribunal de fecha 2 de noviembre de 2016, declarada firme por Decreto de fecha 5 de abril de 2017, aportada por el Ministerio Fiscal al amparo del artículo 786.2º de la LECriminal, y que se encuentra unida a los folios 1356 y ss del Tomo III del Rollo de Procedimiento Abreviado 21/2015 de esta Sala. En el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el posterior Acuerdo de la COTMAC de 28 de enero de 2013, de aprobación definitiva y parcial del PEPP de La Geria, ampliado el recurso al Acuerdo de 30 de septiembre de 2013, que corregía errores de planimetría respecto a los denominados en el Plan como Equipamientos Estructurantes, dentro de los cuales se amparaban y venían a legalizar, entre otras, a la Bodega Stratus, la sentencia mencionada, en su Fundamento Jurídico Cuarto, declara la nulidad de pleno derecho del Acuerdo recurrido y la del propio Plan Especial, con los efectos ex tunc propios de tal declaración de nulidad de pleno derecho de una disposición de carácter general, que es el carácter normativo que se atribuye a los planes de urbanismo. Por ello, la inclusión y legitimación de la Bodega Stratus en un nuevo y venidero Plan Especial, que, según se desprende de la sentencia mencionada, no parece ser exigible en cuanto Plan de Ordenación de los Recursos Naturales para los calificados como Paisajes Protegidos, no pasa de ser, actualmente, más que una mera expectativa de futuro.

Por último, fue objeto de discusión y debate en el plenario el que la licencia de actividad solicitada por D. Juan Francisco Rosa Marrero en la representación que ostentaba, debía entenderse concedida por silencio administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1/1998, de Actividades Clasificadas. El precepto mencionado dispone lo siguiente: “Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior sin que por el Alcalde se resolviese sobre el otorgamiento de la licencia, se entenderá producido el acto con los siguientes efectos: a) Si el informe de calificación hubiese sido favorable, o condicionado al cumplimiento de determinadas medidas correctoras, se entenderá otorgada la licencia y, en su caso, sujeta al cumplimiento de éstas. b) Si la calificación o el informe sobre el emplazamiento hubieran sido desfavorables a la concesión de la licencia, se entenderá denegada ésta”.







También el artículo 166.6 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y los Espacios Naturales de Canarias señala “6. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias urbanísticas en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial aplicables”. Por tanto, en este caso, tal y como ya indicara la perito D<sup>a</sup> Joana Macías en la ratificación de su informe en el plenario, no cabía entender concedida la licencia de actividad por silencio administrativo. De una parte, la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Supremo ha consolidado la doctrina de que no pueden adquirirse en virtud de silencio las licencias que son contrarias a la ordenación territorial o urbanística. Así lo establecen la STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de fecha 28 de enero de 2009 (recurso 45/2007), dictada en interés de Ley, y también, entre otras, la STS de 25 de mayo de 2011 (recurso 3908/2007), dictada por esa misma Sala y Sección. Por otra parte, además de que el informe del Cabildo sobre el emplazamiento era desfavorable, por lo que la licencia había de entenderse denegada, tampoco el silencio administrativo podía ser deducido en sentido positivo porque en la tramitación del expediente se había omitido un trámite previo y esencial cual era el del informe de compatibilidad a emitir por el Cabildo, exigido en el Apartado A.3 de las Disposiciones Transitorias contenidas en el art. 6.1.2.1 del Decreto 63/1991, de 9 de abril, que aprueba el PIOT de Lanzarote. Así se resuelve por la sentencia nº 1320/2012, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, de fecha 27 de septiembre de 2012 (recurso 279/2011), en un supuesto trasladable al presente.

#### **D) Delito previsto y penado en el artículo 404 del CP, en comisión por omisión**

Por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones elevadas a definitivas, a las que se adhirieron la acusación particular y la acción popular, se acusó a D<sup>a</sup> Gladys Acuña Machín, Alcaldesa de Yaiza en el año 2013 y a D. José Antonio Rodríguez Martín, Concejel Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Yaiza en aquellas fechas, como autores de un delito contra el medio ambiente, en su modalidad medioambiental, cometido en comisión por omisión y tipificado en el artículo 329 del CP, en relación con los artículos 11 y 325 del mismo Cuerpo Legal o, alternativamente, como constitutivos de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320 del CP, en comisión por omisión.

Como en su propio escrito de calificación provisional el Ministerio Fiscal entiende que no queda acreditado que ambos encausados tuvieran conocimiento de los parámetros resultantes de las analíticas efectuadas en las instalaciones, ni por tanto, de los graves riesgos de contaminación medioambiental que pudiera derivarse de la emisión de vertidos a través de pozos filtrantes al subsuelo como consecuencia de la actividad desarrollada en la bodega, no siendo propiamente objeto de debate en el plenario ese conocimiento al que alude el Ministerio Fiscal, entiende la Sala que no procede la subsunción del Hecho Probado Decimoquinto en el delito de prevaricación medioambiental tipificado en el art. 329 del CP, en comisión por omisión, al faltar el elemento del conocimiento por los acusados de los riesgos de carácter ambiental que exige el precepto.

Alternativamente, el Ministerio Fiscal ha acusado por un delito de prevaricación del artículo 320 del Código Penal, cometido en comisión por omisión. La acusación se dirige frente a la Sra. Acuña Machín y al Sr. Rodríguez Martín por haber hecho dejación de su obligación legal de llevar a efecto la medida cautelar de cese provisional de la actividad de bodega y de tienda con





zona de degustación, conforme había sido acordado por D. José Antonio Rodríguez Martín en Decretos de 11 de octubre de 2013 (folios 3563 a 3568 del Tomo XI).

Como señala la reciente STS núm. 82/2017 de 13 de febrero (RJ 2017/1609), “La primera alegación, que afirma que no se puede cometer el delito de prevaricación en forma omisiva, debe ser desestimada, dado que la doctrina de esta Sala ha admitido la posibilidad de cometer el delito de prevaricación por omisión en aquellos casos especiales en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución (Acuerdo del Pleno de esta Sala de 30 de junio de 1997 y SSTS nº 784/1997, de 2 de julio, de 9 de junio de 1998, nº 190/1999, de 12 de febrero, nº 965/1999, de 14 de junio, nº 426/2000, de 18 de marzo, nº 647/2002, de 16 de abril, nº 1382/2002, de 17 de julio, nº 787/2013, de 23 de octubre, nº 771/2015, de 2 de diciembre, etc). Considerada la prevaricación como delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad. Es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cual sea legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos (ver STS 771/2015, de 2 de diciembre)”.

En este caso, consta en las actuaciones, de una parte, la ratificación de la resolución de cierre del restaurante “El Aljibe del Obispo”, incluido en las instalaciones de la bodega Stratus, que no aparecía contemplado en el Proyecto presentado por el promotor de la licencia de actividad y que, por tanto, había de entenderse que aquella no le había sido concedida (folio 4610 del Tomo 13), y también el Decreto de 4 de septiembre de 2013 por el que se acuerda el precinto del restaurante (folio 3535 del Tomo 11) y el Acta en la que se lleva a efecto el mismo. Sin embargo, habiéndose dictado también las resoluciones de fecha 11 de octubre de 2013 por el Concejal Delegado de Urbanismo, Sr. Rodríguez Martín (Decreto a los folios 3563 a 3565 del Tomo 11, que acuerda el cese provisional de la actividad de bodega, y Decreto obrante a los folios 3566 a 3568 del mismo Tomo, que acuerda el cese provisional de la actividad de tienda con zona de degustación), no se dictó resolución alguna por virtud de la cual se hiciera efectivo aquel cese de actividades decretado, no obstante constituir aquellas actividades infracciones graves, conforme establece el artículo 202.3.c) del Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo. Además de ello, se había advertido por la técnica de sanidad D<sup>a</sup> Marta Betancor Correa, en los informes elaborados por la misma en el año 2008, que las instalaciones contaban con una tienda-museo con bar cafetería, de la que no consta que tuviera autorización de registro sanitario.

El artículo 176 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y los Espacios Naturales de Canarias, establece en sus párrafos 1 y 2 lo siguiente:





“1. Cuando un acto de parcelación, urbanización, construcción, edificación o uso del suelo o del subsuelo que no sea objeto de orden de ejecución y esté sujeto a previa licencia urbanística o cualesquiera otras aprobaciones o autorizaciones se realice, implante o lleve a cabo sin dicha licencia o aprobación y, en su caso, sin la calificación territorial y las demás autorizaciones sectoriales precisas o contraviniendo las condiciones legítimas de unas y otras, el Alcalde o el Director de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural deberá ordenar, en todo o en la parte que proceda, la inmediata suspensión de las obras o el cese en el acto o uso en curso de ejecución o desarrollo.

Cuando el acto sea edificatorio y el uso residencial, la orden prevista en el párrafo anterior sólo podrá dictarse respecto de la actividad constructiva y no del uso residencial preexistente.

2. La notificación de la orden de suspensión podrá realizarse, indistintamente, al promotor, al propietario de la urbanización, construcción, edificación o suelo, o al responsable del acto de que se trate y, en su defecto, a cualquier persona que se encuentre en el lugar de ejecución o de desarrollo y esté relacionada con las obras, el inmueble, la actividad o el uso.

Inmediatamente después de practicada la notificación y sin solución de continuidad, deberá procederse al precintado de las obras, la construcción o edificación, la instalación o el establecimiento, actividad o uso, así como, en su caso, de la maquinaria y los materiales afectos a aquéllas. También, inmediatamente, se darán las órdenes correspondientes para la no concesión del suministro de los servicios de energía eléctrica, agua, gas, telefonía y cable”.

Es decir, en este caso existe una norma que de forma imperativa imponía a los acusados la adopción de las resoluciones pertinentes para que se llevara a cabo, de forma efectiva, el cese provisional de la actividad de bodega y de la de tienda con zona de degustación que había sido acordado. Se alega como argumento defensivo que aunque la Bodega Stratus estaba suspendida de planeamiento, por cuanto que el Acuerdo de la COTMAC de 28 de enero de 2013, de Aprobación Definitiva Parcial del Plan de La Geria, había suspendido la aprobación definitiva de, entre otras áreas, la de los denominados en el Plan como Equipamientos Estructurantes, sin embargo, la planimetría correspondiente a dichos Equipamientos ponía en duda si la Bodega Stratus se encontraba incluida o no en esa suspensión de la aprobación definitiva. Este argumento meramente aparente, dado que el Acuerdo mencionado dejaba claro los Equipamientos suspendidos de aprobación, no puede tener el alcance exculpatario que se pretende porque el cese parcial de actividades acordado y que hubiera de haberse ejecutado, no tenía relación o fundamento alguno en la circunstancia de que el Plan Especial del Paisaje Protegido de La Geria, declarado ya nulo por resolución judicial firme de 14 de marzo de 2012, considerara a la Bodega Stratus como Equipamiento Estructurante. Tampoco las dudas que pudieran surgir de errores en la planimetría justificaban el incumplimiento de la norma imperativa del artículo 176 del TRLOT. Precisamente, aquellos errores en la planimetría fueron corregidos en el Acuerdo de la COTMAC de fecha 30 de septiembre de 2013, incluyéndose en los planos a la Bodega Stratus dentro de los Equipamientos Estructurantes suspendidos, pocos días después de que el 12 de septiembre de 2013 la Alcaldesa D<sup>a</sup> Gladys Acuña elevara consulta al Gobierno de Canarias. Dicho Acuerdo, publicado en el BOC de 21 de octubre de 2013 (sólo 10 días después de que se hubieran dictados los Decretos que acordaban el cese provisional de las actividades), permitía en aquel momento despejar las dudas que se alegan, y, por tanto, no suponía obstáculo alguno para que, conocido el contenido de ese Acuerdo, fuera dictada la resolución correspondiente. Tampoco puede atenderse al





alegato defensivo de D. José Antonio Rodríguez Martín de que no había técnicos que pudieran contestar a las alegaciones de la entidad BTL Lanzarote, S.L., cuando los Decretos por él dictados contienen una amplia fundamentación jurídica, que no consta efectuada personalmente por el encausado, sino por personal jurídico del Ayuntamiento, fuera el Secretario Accidental o algún Letrado de la Corporación.

Como indica la STS nº 82/2017 de 13 de febrero, arriba citada, "...a los efectos de esta primera valoración relativa exclusivamente a la concurrencia de prevaricación omisiva lo relevante es constatar que la Administración había realizado una actuación administrativa tras la cual era legalmente preciso dictar una resolución, de manera que la omisión de la misma equivale en el caso actual a una resolución denegatoria, con reconocimiento tácito a los infractores de un supuesto derecho a continuar la obra, en contra del mandato expreso de suspensión inmediata establecido por la Ley".

Trasladable esta resolución del Tribunal Supremo al presente caso, y dado que ya habían sido dictadas las resoluciones de 11 de octubre de 2013, las que decretaban el cese provisional de la actividad de bodega y tienda, la omisión del dictado de la resolución que permitiera llevar a efecto aquellos ceses es incardinable en el tipo penal del artículo 404 del CP, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, en la modalidad de comisión por omisión ya expuesta, y no en el del artículo 320 del CP porque lo que se trataba, en definitiva, era de la obligación de adoptar una resolución en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. De otra parte, habiendo declarado la Jurisprudencia la homogeneidad de los tipos penales de los artículos 404 y 320 del CP, y siendo el primero más beneficioso para los encausados, el hecho por el que se acusa a la Sra. Alcaldesa y al Concejal Delegado de Urbanismo ha de subsumirse en el referido artículo 404 del CP. Así lo expone la STS nº 75/2008, de 14 de noviembre de 2008 (recurso 26/2008), al señalar lo siguiente: "...la calificación que de ellos cabe hacer como subsumibles en un delito de prevaricación cometido por funcionario público, previsto y penado en el artículo 404 del CP, resulta plenamente homogénea respecto del delito de prevaricación urbanística del artículo 320 del CP que le imputó el Ministerio Fiscal, pues éste delito no es más que la especie, es decir un tipo especial por razón de la materia urbanística y la prevaricación común el género (STS 1440/2003 de 31 de octubre), sin olvidar que el delito que finalmente se estima cometido frente al que ha sido objeto de la acusación contempla una penalidad mucho más benévola y que alcanza únicamente a la inhabilitación especial y no contiene pena privativa de libertad". En este caso, además, aunque los encausados contestaron sólo a las preguntas de sus Letrados, sin embargo, fueron interrogados sobre estos hechos y pudieron defenderse de ellos.

Por último, del delito ha de entenderse también autora a la encausada D<sup>a</sup> Gladys Acuña Martín, aunque pudiera tener delegadas competencias en el Concejal de Urbanismo, Sr. Rodríguez Martín. Como expresa la ya mencionada STS nº 82/2017, de 13 de febrero, "Al margen de que, como acertadamente destaca el Ministerio Público, las facultades de defensa administrativa del Ayuntamiento no son delegables, y de que la delegación no exime al Alcalde de sus obligaciones esenciales en temas que conoce personalmente y que son de su competencia, es lo cierto que su intervención personal en el expediente, y sus conversaciones al margen del mismo con la parte interesada, ponen manifiestamente de relieve que el obligado a adoptar





imperativamente la resolución omitida de suspensión era el propio Alcalde...”. En el presente caso, la Sra. Alcaldesa tuvo una intervención activa y destacada en la actuación desplegada por el Ayuntamiento de Yaiza a partir de la fecha en que la misma fue llamada a declarar como imputada por el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Arrecife. Así, no sólo solicitó inspecciones de la bodega, casi cinco años después de la concesión de la licencia de actividad, e informes a los técnicos acerca de la actividad de la Bodega Stratus y circunstancias legales de la misma, sino que también convocó de forma urgente a la Junta de Gobierno municipal para resolver lo que fuera procedente a la vista de las inspecciones y los informes emitidos por los técnicos. En cualquier caso, tanto ella como el Concejal Delegado de Urbanismo omitieron la obligación legal impuesta por el artículo 176 del TRLOTIC antes transcrito, por lo que esa dejación de la potestad sancionadora impuesta por la Ley se incardina en el delito del artículo 404 del CP, en su modalidad de comisión por omisión.

**E) Delito de tráfico de influencias, previsto y penado en el art. 429 del CP, en relación de concurso ideal con un delito de prevaricación urbanística, previsto y penado en el art. 320.2º del Código Penal.**

En el escrito de calificación definitiva del Ministerio Fiscal, al que se adhirieron la acusación particular y la acción popular, se formula acusación contra D. Juan Francisco Rosa Marrero como autor del delito de tráfico de influencias del artículo 429 del Código Penal, en relación de concurso ideal con el delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2º del CP, como inductor del mismo, por el que se acusa a D. Leonardo Rodríguez García.

Al resolver esta Sala la primera de las cuestiones previas planteadas por las partes al inicio de las sesiones del juicio oral, se ha razonado que no procede acordar la prescripción del delito de tráfico de influencias por el que era acusado D. Juan Francisco Rosa Marrero, en concurso ideal con un delito de prevaricación urbanística del que se le considera inductor, sin perjuicio de lo que hubiera de resolverse sobre la prueba y acreditación de aquel delito instrumental.

Se ha acusado al Sr. Rosa Marrero de la comisión del delito de tráfico de influencias que tipifica el artículo 429 del Código Penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, vigente a la fecha de los hechos, porque se considera que aquel influyó sobre el Concejal D. Leonardo Rodríguez García para que, de forma colegiada con la Alcaldesa y los otros dos Concejales que conformaban la Junta de Gobierno Local, le fuera concedida el día 19 de diciembre de 2008 la licencia de actividad que aquel había solicitado en el año 2005. Entienden las acusaciones que la comisión del delito de tráfico de influencias se produce por virtud de las llamadas que había efectuado el Sr. Rosa al Concejal Sr. Rodríguez en fechas próximas a la de concesión de la licencia, con la finalidad de que le ayudara en la obtención de la misma, conforme aparece descrito en el Hecho Probado Decimocuarto.

El artículo 429 del Código Penal, en la redacción vigente a la fecha de los hechos dispone:

“El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior”.





En relación al delito de tráfico de influencias del artículo 429 del Código Penal, la STS n.º 485/2016, de 7 de junio (Recurso 1497/2015) expone lo siguiente: "El debate jurídico sobre la subsunción de los actos que la sentencia describe como privados en la norma que tipifica el tráfico de influencias, en este caso en la modalidad del artículo 429 del Código Penal, ha sido abordado por nuestra jurisprudencia que realiza una labor, que recuerda la "actio finium regundorum", para delimitar lo antijurídico de lo que no lo es, con independencia de su valoración ética.

Y es que, como recuerda nuestra STS 300/2012 de 3 de mayo : *La consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad estricta ( art 4 1º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que prohíbe taxativamente la analogía "in malam partem", es decir la aplicación del tipo penal a casos distintos de los comprendidos expresamente en él.*

La labor en el momento jurisdiccional es realmente dificultosa cuando el desempeño de la previa propia del legislador no es capaz de acotar con inequívocidad la conducta para la que impone una pena. Lo que acarrea que la predictibilidad de la condena por el ciudadano en el momento de decidir llevar a cabo una acción no sea suficientemente cierta llevándolo a un riesgo de su decisión que desde el moderno constitucionalismo se quiso conjurar en todas las constituciones democráticas.

De ahí la relevancia de la Jurisprudencia al paliar tal inquietud condicionante del comportamiento del ciudadano, primero, y de la decisión jurisdiccional, después.

Por aquélla se han venido señalando los elementos que tipifican la antijuridicidad punible, diferenciándola de conductas que, socialmente adecuadas o no, no merezcan sanción penal, los siguientes:

**a)** La **influencia** entendida como *presión moral eficiente* sobre la voluntad de quien ha de resolver (STS 573/202 de 5 de abril) para alterar el proceso motivador de aquél introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión, de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida ( STS 29 de junio de 1994 ). Siquiera no sea necesario que la influencia concluya con éxito, bastando su capacidad al efecto.

**b)** La **finalidad** de conseguir de los funcionarios influidos una resolución que genere directa o indirectamente un beneficio económico, para el sujeto activo o para un tercero entendiendo el concepto de **resolución** en sentido técnico-jurídico. Como recuerda la STS 300/2012 , avala esta conclusión la comparación de la descripción de los tipos de tráfico de influencia y los de cohecho. *Si el Legislador hubiese querido incluir en el delito de tráfico de influencias cualquier acto de la Autoridad o funcionario inherente a los deberes del cargo, y no solo las resoluciones, habría utilizado la fórmula del cohecho u otra similar*, en donde se hace referencia a cualquier acto contrario a los deberes inherentes a la función pública del influido.

Quedan por ello *fuera del ámbito de este tipo delictivo aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a*





*actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos, actos preparatorios, etc. que no constituyen resolución en sentido técnico ( SSTS de 28 enero 1.998 , 12 febrero 1.999 , 27 junio 2.003 , 14 noviembre 2.003, 9 abril 2007 , 1 diciembre 2.008 , 1 julio 2.009 y 2 febrero 2.011 , aun cuando se trate de conductas moralmente reprochables y que pueden constituir infracciones disciplinarias u otros tipos delictivos.*

c) En el caso del artículo 429 del Código Penal , que aquella influencia sea actuada en el contexto de una **situación típica** : la relación personal del sujeto activo con el funcionario. Lo que hace de éste un delito especial ya que solamente puede ser autor quien se encuentra en dicha situación.

d) Tal tipificación busca proteger la objetividad e imparcialidad de la función pública ( SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo ), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales. Referencia al bien jurídico que es trascendente en la medida que sirve como un instrumento valorativo del comportamiento, ya que la indemnidad del bien protegido, por la inocuidad de aquél, debe llevar a la exclusión de su tipicidad. Si la finalidad se refiere a una resolución exigible y lícita podría considerarse socialmente adecuada como razón que excluyera la antijuridicidad, en la medida que, exenta de lo espurio, la resolución no vulneraría el bien jurídico protegido, ya que con la sanción se busca la imparcialidad en cuanto instrumental para la salvaguarda de la corrección jurídica de las decisiones.

Como recuerda nuestra más reciente STS 300/2012 antes citada, en lo que concierne al elemento de la influencia se excluye *las meras solicitudes de información o gestiones amparadas en su adecuación social interesando el buen fin de un procedimiento que no pretendan alterar el proceso decisor objetivo e imparcial de la autoridad o funcionario que deba tomar la decisión procedente*".

En los hechos que aquí se enjuician queda acreditado que de las numerosas llamadas que diariamente recibía el Concejal de Urbanismo, Leonardo Rodríguez García, como así declaró el agente de la UCO con n.º de identificación V-79240-T, que realizó la escuchas telefónicas del teléfono del mismo y su transcripción, únicamente pueden considerarse reseñables las siguientes, de entre las que se relacionan en el Hecho Probado Decimocuarto: **5ª).**- Mensaje de voz que recibe Leonardo Rodríguez de la secretaria del Sr. Rosa, el día 18 de diciembre de 2008, a las 9:47 h, en la que le dice: "Hola buenos días Leonardo, soy Cristina, la secretaria de Juan Francisco Rosa, nada, por favor, llámame cuando puedas que te voy a comentar un tema de la bodega, muchas gracias, hasta luego. **6ª).**- Llamada que recibe Leonardo Rodríguez el día 18 de diciembre de 2008, a las 15:09h, en la que le pasan con Juan Francisco Rosa, y éste le habla de un tal Antonio Curbelo, a quien han pedido desde el Ayuntamiento una declaración de obra nueva, y, al parecer, se hace referencia a revisiones de tasas municipales a licencias ya concedidas, que no afectan al Sr. Rosa. Éste le habla también de un tal Javier, con el que al parecer va a reunirse Leonardo al día siguiente en el Ayuntamiento, y le dice que a ver si le puede ayudar; por último, el Sr. Rosa le dice a Leonardo que le ayude, si puede, en el tema de la apertura de la bodega, que lo tiene todo presentado y que ya está con toda la documentación del Cabildo; que se trata de legalizar aquello de una vez ya y que no falta nada más que la





apertura tuya. Leonardo le contesta que ya lo mira mañana. 7ª).- El día 19 de diciembre de 2008, Leonardo Rodríguez realiza tres llamadas a Juan Francisco Rosa, a las 19:46 h, a las 20:04:06 h y a las 20:04:56 h, sin que se establezca comunicación entre los mismos. 8ª).- El día 22 de diciembre de 2008, Leonardo Rodríguez llama a las 12:26 h a la casa de Juan Francisco Rosa, situada en el pueblo de Uga, en el término municipal de Yaiza, y habla con un hijo de éste para decirle que quiere dejarle una cosa a su padre, porque estuvo tocando el otro día ahí y nadie le abrió; ambos quedan en acudir a la casa desde el lugar en que cada uno se encuentra.

Con independencia de la opinión personal y el convencimiento moral expresado por las acusaciones respecto al supuesto tráfico de influencias ejercido de manera continuada por el Sr. Rosa Marrero en lo relativo a todas las autorizaciones de la Bodega Stratus, el Tribunal debe atenerse a la valoración de las referidas llamadas y si el contenido de las mismas es exponente del tipo penal por el que se acusa. Desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial expuesta, los actos y llamadas descritas no revisten los caracteres de tipicidad del delito. En primer lugar, tales llamadas no revelan <<una intensidad suasoria tal que les pueda atribuir influencia determinante en quienes habían de dictar la resolución pretendida>>, como señala la sentencia antes transcrita. Debe recordarse, además, que no era el Concejal quien había de dictar por sí mismo la resolución de otorgamiento de la licencia, sino que era una decisión colegiada a adoptar por la Junta de Gobierno Local, conformada por él, la Alcaldesa y dos Concejales más. En este sentido, el propio Ministerio Fiscal expone en el apartado de Hechos de su escrito de calificación que no consta acreditado que el Sr. Rodríguez García influyera en sus compañeros del grupo de gobierno local. Tampoco revela el contenido de las llamadas, algunas de ellas no contestadas, una presión de entidad suficiente para doblegar la voluntad del Concejal. A este respecto ha de señalarse que no se ha acreditado que, a parte de la relación de vecindad de ambos y de que hubieran coincidido en algún acto público o incluso en algún almuerzo o cena, el Sr. Rosa Marrero tuviera un ascendiente personal o moral sobre el Sr. Concejal o una relación de camaradería con el mismo, cuando, además, como acreditan algunas otras de las llamadas reseñadas en aquel Hecho Probado Decimocuarto, el Sr. Rodríguez García no se implica en las cuestiones sobre las que se le pregunta por el Sr. Rosa, por ejemplo en la llamada primera, o directamente le comenta al Sr. Rosa que aquello sobre lo que le pregunta no es viable, como ocurre en la llamada 4ª al hacerse referencia a algún aspecto del planeamiento que afecta a personas distintas del Sr. Rosa. Por otra parte, partiendo de lo razonado, se entiende que el hecho de que D. Juan Francisco Rosa Marrero se interesara ante D. Leonardo Rodríguez García por la licencia de actividad solicitada hacía ya más de tres años, lo que él reconoció en el plenario, no puede incardinarse en el tipo penal del artículo 429 del Código Penal pues lo que se acredita es un interés y una petición de ayuda, que no exigencia, sin que se revele presión, instigación o influencia penalmente relevante, ante quien, además, no tenía capacidad por si solo para resolver. Por último, no consta la finalidad económica de la solicitud e interés mostrado por el Sr. Rosa, y el propio representante del Ministerio Fiscal se había manifestado en tal sentido cuando en el relato de Hechos de su calificación expone que “No consta el beneficio económico que la concesión de la licencia reportara al acusado Juan Francisco Rosa Marrero o a BTL Lanzarote, S.L., como consecuencia de su influencia ejercida sobre el Concejal anterior”.







**TERCERO.-** De los referidos delitos son responsables los siguientes encausados, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal:

1º) Del delito de prevaricación del Apartado **A)**, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, son responsables D. José Francisco Reyes Rodríguez, en concepto de autor, y D. Vicente Jesús Bartolomé Fuentes y D. Andrés Morales González, en concepto de cooperadores necesarios, por su directa participación en el mismo.

2º) Del delito contra la ordenación del territorio del Apartado **B)**, previsto y penado en el artículo 320.1º del Código Penal, son responsables en concepto de autores D. Vicente J. Bartolomé Fuentes y D. Andrés Morales González, por su directa participación en el mismo.

3º) Del delito contra la ordenación del territorio del Apartado **C)**, previsto y penado en el artículo 320.2º del Código Penal, son responsables en concepto de autores Dª Gladys Acuña Machín, D. Leonardo Rodríguez García, D. Juan Lorenzo Tavío y D. Evaristo García Pérez, en concepto de autores responsables del mismo.

4º) Del delito de prevaricación del Apartado **D)**, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, cometido en comisión por omisión, son responsables en concepto de autores Dª Gladys Acuña Machín y D. José Antonio Rodríguez Martín.

**CUARTO.-** En los hechos enjuiciados no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En los escritos de la calificación elevada a definitiva de la representación de Dª Gladys Acuña Machín y de D. Leonardo Rodríguez García se solicita la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, al amparo del artículo 21.6ª del Código Penal.

El mencionado artículo 21 del CP dispone que “Son circunstancias atenuantes: 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

La reciente STS n.º 140/2017, de 6 de marzo de 2017 (recurso 1279/2016), efectúa un análisis pormenorizado de la circunstancia cuya apreciación se insta, y, dado su interés, se transcribe el Fundamento Jurídico Undécimo de la misma, que expresa lo siguiente: “La Jurisprudencia, como en el caso de la STS nº 416/2016 de 17 de mayo; nº 288/2016 de 7 de , y la nº 165/2016 de 2 de marzo, ha dicho que la «dilación indebida» es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso





concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado ( SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España; 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España; SSTC 237/2001, 177/2004, 153/2005 y 38/2008; y SSTS 1733/2003, de 27-12; 858/2004, de 1-7; 1293/2005, de 9-11; 535/2006, de 3-5 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12 ; 40/2009, de 28-1; 202/2009, de 3-3 ; 271/2010, de 30-3; 470/2010, de 20-5; y 484/2012, de 12-6, entre otras).

También tiene establecido esta Sala que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un «plazo razonable», a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales.

Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia ( SSTS 91/2010, de 15-2; 269/2010 de 30-3; 338/2010, de 16-4; 877/2011 de 21-7; y 207/2012, de 12-3).

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva ( SSTC 177/2004 y 153/2005). Por lo tanto, esa pérdida de derechos debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo conlleve una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues ésta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no determina, por lo tanto, que disminuya o se extinga ( SSTS 987/2011 de 15- 10; 330/2012 de 14-5; y 484/2012 de 12-6).

En la STS 318/2006 de 15 de abril, añadimos que: Después de promulgarse la actual redacción del artículo 21.6 del Código Penal en el año 2010Legislación citada CE art. 24.1 , la Jurisprudencia ha tratado de definir el alcance de los presupuestos típicos de dilación extraordinaria de la tramitación del procedimiento y del carácter indebido de la misma, así como ausencia de atribuibilidad al inculpado y relación con la complejidad de la causa.





El carácter extraordinario en el retraso se configura de naturaleza totalmente empírica y como algo que no cabe un concepto meramente normativo que implique atenuante para toda duración meramente diversa de la duración legalmente prevista para cada trámite ( SSTS nº 199/2012 de 15 de marzo; nº 1158/10 de 16 de diciembre). Cuando la reparación exigible por razón de la dilación sea la disminución de la pena imponible, las exigencias deben ir más allá de las reclamables cuando se trata de acudir a otros remedios de la vulneración constitucional.

En cuanto a la exigencia típica de que la dilación sea indebida dijimos en la citada STS 990/2013 que: debe entenderse en el sentido de injusto o ilícito. Es decir no justificable. Para establecer tal conclusión ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso. Así será indebida si resulta desproporcionada para la complejidad de la causa. Y ésta puede derivar de la multiplicidad de sujetos intervinientes que obliga a la multiplicación de los trámites. O de la dificultad para establecer la estrategia investigadora adecuada. O de otras circunstancias que deberán ser valoradas sin que, como antes dijimos quepa remitirse meramente al transcurso del tiempo. La falta de justificación no debe considerarse como correlato ineludible con eventualidades responsabilidades profesionales de los sujetos del procedimiento. Como tampoco cabe excluir la nota de indebida por la mera alusión a deficiencias estructurales de la organización del servicio judicial.

De manera muy concreta, entre esas circunstancias deberá valorarse cual ha sido, no solo el comportamiento del poder jurisdiccional, sino el comportamiento del propio acusado provocando las dilaciones.

Se ha discutido si existe la carga procesal de denunciar la demora en la tramitación al tiempo de incurrir el procedimiento en aquélla. El TC remite a la jurisdicción ordinaria la decisión al respecto ( STC 78/2013) pero, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, proclama que la exclusión de la atenuante bajo la argumentación de exigencia de esa carga no puede calificarse de arbitraria, siquiera lo debatido fuera en esa ocasión el carácter muy cualificado de la atenuante, que había sido desechado.

Procesalmente es carga del que pretende la atenuante, al menos, señalar los períodos de paralización, justificar por qué se consideran «indebidos» los retrasos y/o indicar en qué períodos se produjo una ralentización no justificada, siquiera en ocasiones concretas se haya huido de un rigor formalista en esta exigencia ( STS 126/2014 de 21 de febrero)”.

En el presente caso, este Tribunal considera que no concurren las circunstancias de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación de la causa que autorizan la apreciación de la circunstancia atenuante demandada. La presente causa se dirigió contra los encausados D<sup>ª</sup> Gladys Acuña Machín y D. Leonardo Rodríguez García a partir del mes de julio de 2013, en que ambos comparecieron a declarar en el Juzgado de Instrucción en calidad de imputados. Ninguno de los dos encausados señala los supuestos periodos de paralización de la causa desde que aquella se dirigió contra los mismos, ni justifica porqué supuestos retrasos no concretados se consideran indebidos. Junto a ello, no cabe desconocer la complejidad de la causa, el ingente volumen del procedimiento tramitado por el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Arrecife, en un trabajo ímprobo de la Instructora, Letrada Judicial y funcionarios del Juzgado, la importante cantidad de recursos que ha resuelto la Instructora a partir de aquel mes de julio de 2013, y los informes que han sido recabados y la documentación que ha sido requerida y cuyo acceso al Juzgado en mayor o menor tiempo no puede ser imputado a éste. Por otra parte, desde que la Instructora elevó a esta Sala Exposición Razonada, en atención a la condición de





Diputada del Parlamento de esta Comunidad adquirida por la imputada D<sup>a</sup> Gladys Acuña Machín, se ha procedido de forma diligente a realizar cuantas actuaciones fueran necesarias después de que se fraccionara la causa, por los motivos que constan en el Auto de 17 de noviembre de 2015, debiéndose tener en cuenta, además, que eran diez los encausados, con la multiplicación de trámites que ello conlleva. Por otra parte, se ha efectuado el señalamiento del juicio oral tras tomar en consideración las agendas del Ministerio Fiscal y de los Letrados defensores de las partes, conforme consta en el Rollo de Procedimiento Abreviado, a fin de evitar a unos y otros suspensiones de esta causa o de otras en las que hubieren de concurrir.

Con estas circunstancias, el periodo de duración del procedimiento para los encausados D<sup>a</sup> Gladys Acuña Machín y D. Leonardo Rodríguez García está perfectamente justificado y no es desproporcionado, por lo que consideramos que no cabe apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas que se invoca.

**QUINTO.-** En el presente procedimiento no procede efectuar condena en responsabilidad civil al no haberse ejercitado dicha pretensión por las partes acusadoras.

De conformidad con la disposición del artículo 123 del Código Penal, según el cual, “Las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito”, procede la condena en costas a las personas que se declaren condenadas en el Fallo de la presente resolución, en la proporción correspondiente a cada uno de ellos y por los delitos cometidos.

**SEXTO.-** En orden a la duración de la pena de inhabilitación especial contemplada para los delitos por los que se dicta resolución condenatoria, la Sala impone la pena en su duración mínima de 7 años, de conformidad con la establecida por el artículo 404 del CP en su redacción vigente a la fecha de los hechos, dada la gravedad de la misma y la pérdida del empleo o cargo que la misma conlleva y la posibilidad de obtenerlo durante el tiempo de la condena, sin que, por otra parte, se hayan apreciado por la Sala circunstancias especiales agravatorias en la conducta realizada por los acusados. De conformidad con la disposición del artículo 42 del Código Penal, la inhabilitación especial recaerá sobre los empleos o cargos que han venido desempeñando y ostentando los encausados condenados en la presente resolución, conforme se determinará en la Parte Dispositiva de la misma.

En relación a las penas de multa que se imponen a los acusados que se condenan en la presente resolución, el artículo 50.5 del Código Penal establece que, “Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo”.

Como señalan las SSTS de 15 de diciembre de 2004 (EDJ 2004/229469), 27 de abril y 31 de octubre de 2005 (EDJ 2005/71544 y 2005/180371), con ello no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que puedan afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse. La insuficiencia de estos datos no debe





llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder legislativo en el Código Penal, convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penas.

Ha de tenerse en cuenta que el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo. Aplicando el criterio establecido en la STS de 7 de julio de 1999 (EDJ 1999/8570), si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 2 a 400 euros), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión, el primer escalón iría de 1 a 38 euros, por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota de 6 o de 10 euros, ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo. Refuerza la tesis la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando viene afirmando que cuando la cuota señalada está muy próxima al mínimo legal no hace falta una especial motivación (SSTS 512/2006-EDJ 2006/76627; 624/2008-EDJ 2008/197213 y 1255/2009-EDJ 2009/299958). Añade la STS 553/2013, en un supuesto en el que se había fijado una cuota diaria de 12 euros que se trataba de unas cantidades muy próximas al mínimo legal y por tanto, aunque no se hubiera hecho una investigación sobre la situación económica de la recurrente, en principio no había porqué modificar tales cuantías por la vía de recurso.

En nuestro caso se desconoce la capacidad económica de los encausados, sus bienes o patrimonio. Por ello, tomando en consideración que la inhabilitación especial que conllevan los delitos por los que se les condena priva a los encausados Vicente Jesús Bartolomé Fuentes y Andrés Morales González de la posibilidad del ejercicio profesional, se estima adecuado señalar a los mismos una cuota diaria de 15 euros para el periodo de multa que se les impone. La misma cuota diaria se establece respecto a Juan Lorenzo Tavío y Evaristo García Pérez, de los que se desconoce la ocupación laboral o profesional que puedan desempeñar, y se establece una cuota diaria de 30 euros para el periodo de multa que se impone a D<sup>a</sup> Gladys Acuña Machín, cuya inhabilitación especial para ostentar el cargo de Alcalde no le priva de percibir el sueldo que le corresponde como Diputada del Parlamento de Canarias, y se impone la misma cuota diaria de 30 euros para el periodo de multa correspondiente a Leonardo Rodríguez García, a quien su profesión de Abogado permite la percepción de honorarios por su ejercicio profesional.

**SÉPTIMO.-** El Ministerio Fiscal solicitó en sus conclusiones provisionales, elevadas a definitivas, la adopción de medidas de carácter accesorio que, en lo que afecta a los hechos aquí enjuiciados, se concretan en las siguientes: 1) Clausura definitiva del complejo de instalaciones Stratus, conforme a lo dispuesto en el artículo 327 en relación con el artículo 129 a) del Código Penal. 2) Nulidad del Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Yaiza de 19 de diciembre de 2008, en el expediente municipal 32/05 de actividad clasificada, en virtud del cual fue concedida licencia de actividad de bodega a “Juan





Francisco Rosa Marrero e Hijos, S.L.”, absorbida por “BTL Lanzarote, S.L.”, y 3) Por medio de Otrosí, se solicitó el comiso de todos los efectos, productos e ingresos que se hayan obtenido por los acusados Juan Francisco Rosa Marrero y BTL Lanzarote, S.L. con ocasión de la construcción y explotación del complejo de instalaciones Stratus, conforme al artículo 127 del Código Penal.

En relación a la primera de tales medidas, la de clausura definitiva del complejo Stratus, la misma se solicita al amparo del artículo 327 del Código Penal, en relación con el artículo 129 del mismo. Sin embargo, consideramos que dicha medida no puede ser acordada en el presente procedimiento en atención a lo razonado en el Apartado **D)** del Fundamento Jurídico Segundo de la presente resolución, y no haberse producido la condena por ninguno de los delitos que tipifican los artículos 325, 326 y 326 bis) del Código Penal, a los que remite el precepto del artículo 327 de dicho Texto Legal.

La solicitud de comiso, formulada al amparo del artículo 127 del Código Penal, no puede ser acordada en el presente procedimiento al haber sido dictada sentencia absolutoria respecto al acusado D. Juan Francisco Rosa Marrero y, por tanto, no concurrir los presupuestos que señala el referido artículo 127 del Código Penal.

Debe declararse la nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de diciembre de 2008, por el que se concedía la licencia de actividad de bodega a la entidad BTL Lanzarote, al constituir la referida resolución manifestación y expresión del acto delictivo por el que se condena a los miembros del Grupo de Gobierno del Ayuntamiento, por lo que la misma ha de quedar privada de efectos jurídicos.

Vistos los preceptos y Jurisprudencia que se citan.

#### **FALLAMOS:**

Que debemos condenar y condenamos a los encausados que se a continuación se relacionan a las siguientes penas:

- a D. José Francisco Reyes Rodríguez, en concepto de autor de un delito de prevaricación, previsto y penado en el artículo 404 del CP, a la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo representativo de carácter municipal y al pago proporcional de las costas procesales.
- a D. Vicente Jesús Bartolomé Fuentes, en concepto de cooperador necesario de un delito de prevaricación, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, a la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de la función pública como Secretario municipal, y al pago proporcional de las costas procesales. Y, en concepto de autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.1º del CP, a la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de la función pública como Secretario municipal, multa de doce meses con cuota diaria de 15 euros y al pago proporcional de las costas procesales.
- a D. Andrés Morales González, en concepto de cooperador necesario de un delito de





prevaricación, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, a la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de la función pública como Técnico de la Administración Local y al pago proporcional de las costas procesales. Y, en concepto de autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.1º del CP, a la pena siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de la función pública como Técnico de la Administración Local, multa de 12 meses con cuota diaria de 15 euros y al pago proporcional de las costas procesales.

-a D<sup>a</sup> Gladys Acuña Machín, en concepto de autora responsable de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.2º del Código Penal, a la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo representativo de carácter municipal, multa de 12 meses con cuota diaria de 30 euros y al pago proporcional de las costas procesales. Y, como autora responsable de un delito de prevaricación, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, cometido en comisión por omisión, a la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo representativo de carácter municipal y al pago proporcional de las costas procesales.

-a D. Leonardo Rodríguez García, en concepto de autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.2º del Código Penal, a la pena de 7 años de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de Concejal, multa de 12 meses con cuota diaria de 30 euros y al pago proporcional de las costas procesales.

-a D. Juan Lorenzo Tavío, en concepto de autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.2º del Código Penal, a la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de Concejal, multa de 12 meses con cuota diaria de 15 euros y al pago proporcional de las costas procesales.

-a D. Evaristo García Pérez, en concepto de autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.2º del Código Penal, a la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de Concejal, 12 meses de multa con cuota diaria de 15 euros y al pago proporcional de las costas procesales; y

-a D. José Antonio Rodríguez Martín, en concepto de autor responsable de un delito de prevaricación, previsto y penado en el artículo 404 del Código penal, cometido en comisión por omisión, a la pena de siete años de inhabilitación especial para el cargo de Concejal y al pago proporcional de las costas procesales.

Se declara la nulidad del Acuerdo de fecha 19 de diciembre de 2008, acordado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Yaiza.

Que debemos absolver y absolvemos a los siguientes encausados: a José Francisco Reyes Rodríguez, del delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.2º del Código Penal por el que se le acusaba; al encausado Manuel Jesús Spínola Perdomo, del delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.1º del Código Penal por el que era acusado, y al encausado Juan Francisco Rosa Marrero, del delito de tráfico de influencias, previsto y penado en el artículo 429 del Código Penal, en concurso ideal con el artículo 320.2º del Código Penal por el que era acusado. Se declaran de oficio las costas procesales correspondientes a los encausados absueltos.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas y personalmente a los condenados en la misma, haciéndoles saber que la sentencia no es firme





y que contra ella cabe interponer recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### **VOTO PARTICULAR.-**

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. Presidente D. Antonio Doreste Armas, respecto de la sentencia dictada con fecha 11 de octubre de 2017 en el Rollo de Sala nº 21/2015, correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 1/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 (antiguo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5) de Arrecife.







Voto particular que emite el Presidente del Tribunal a la Sentencia de 11 de Octubre de 2.017, dictada en los autos de Proc. Abrev. 21 / 15.

PRIMERO.- Me siento obligado a hacer uso de la facultad que me confiere el art. 260 LOPJ al discrepar íntegramente (aunque en distinto grado según cada uno de los condenados), de la decisión adoptada por mis compañeras integrantes de esta Sala, si bien dejando sentado el mayor de los respetos para con su criterio, que ha de tener pleno valor como si no existiera el voto, por disposición legal (párrafo 1 del citado art. 260 LOPJ) que, obviamente, impone el parecer mayoritario en los órganos colegiados del Poder Judicial. La Sentencia de la que discrepo es, además, exhaustiva en el análisis de los hechos y de las consecuencias jurídico-penales que extrae de ellos (aunque éstas últimas de manera equivocada, a mi particular criterio), de forma que se encuentra más que suficientemente motivada, cumpliendo holgadamente la exigencia dispuesta en los arts. 120.3 y 24.1 de la Constitución, desarrollados por la normativa procesal y glosado por la jurisprudencia ordinaria (STS 5-6-00) y constitucional (STCo. 122/91, entre tantas) y, cumpliendo también, especialmente, lo dispuesto en el art. 142 de la Ley adjetiva especial reguladora de este orden jurisdiccional penal.

Dejo también sentado que no disiento de la resolución desestimatoria de las cuestiones previas planteadas por las defensas de los condenados (prescripción, falta de legitimación de la acusación particular y la impugnación de las probanzas documentales aportadas), y demás aspectos marginales de la misma, y también muestro mi expresa conformidad con la aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial expuesta en el segundo de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia, en relación a cada uno de los tipos delictivos de cuya comisión son acusados (y, con mi oposición, condenados) varios de los encausados en este procedimiento, pues de lo que discrepo es de la conclusión jurídica obtenida de la aplicación de esta doctrina jurisprudencial a los hechos acaecidos.

No obstante, haré mención a alguna doctrina jurisprudencial adicional a lo largo de la exposición de este mi voto particular, al entenderla específicamente aplicable a las circunstancias particulares del caso.

Por último, no debo omitir exponer una explicación lógica a la doctrina restrictiva creada en torno a la prevaricación. Desde mi personal punto de vista, el mandato legal que establece la prejudicialidad penal (arts. 10 y 44 LOPJ, 3 LECr. y la doctrina dominante -STS 24-7-01, por ejemplo- que relega la aplicación del art. 4 LECr., en base al principio de modernidad del art. 3.2 del Código Civil) debe ser considerado con especial precaución en relación a las causas penales en las que se acusa de hechos incardinables en tipos penales en blanco; en éstos, la normativa administrativa -elemento objetivo imprescindible para colmar el tipo delictivo- es, en general, compleja y más cuando es especialmente compleja como es el caso de la rama Urbanística (en sentido lato), y, aún más, extremadamente variable en función de los cambios





en los instrumentos normativos de ordenación territorial (Directrices de Ordenación de ámbito autonómico, Planes Generales de Ordenación de ámbito Insular, o los instrumentos de naturaleza urbanística en sentido estricto, (Planes Generales de Ordenación Urbana de los municipios, Planes Parciales, Planes Especiales, los Estudios de Detalle, las Ordenanzas Municipales), además de los instrumentos de ordenación territorial específicos relativos a los Espacios Naturales Protegidos, en las diversas categorías de éstos, etc.). Se destaca que ni siquiera algo tan primario como es la clasificación de un suelo como urbano depende de la calificación formal que de él haga el instrumento urbanístico, puesto que esa clasificación varía, contradiciendo el planeamiento, cuando materialmente el suelo se ha convertido en urbano (fácticamente urbano aunque jurídicamente no lo sea) simplemente por contar con elementos que lo caracterizan (acceso rodado, suministro desde red eléctrica general y suministro y evacuación de aguas) al margen (y esto es aún más relevante) de que la instalación de esos elementos (suministro eléctrico y de agua corriente, evacuación de aguas residuales o alcantarillado y acceso rodado) se hayan hecho contraviniendo el ordenamiento urbanístico. Véase, pues, cuán variable e inseguro es el ordenamiento jurídico-urbanístico, hasta el punto de que un terreno rústico, clasificado como tal por el instrumento de ordenación urbanístico adecuado, muta esa clasificación, tornándose urbano, por la mera imposición de la simple realidad fáctica, aun habiendo sido ésta conseguida torcidamente contraviniendo la regulación normativa urbanística (STS 15-6-12, entre la multitud de casos obrantes en la doctrina no jurisprudencial, como las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal de 13-2-15, entre decenas de ellas).

En estos supuestos es cuando cobra singular relevancia la doctrina jurisprudencial penal cautelosa en la apreciación del elemento objetivo de los tipos del art. 404 CP, la prevaricación inespecífica y, especialmente, el tipo especial de la prevaricación urbanística del art. 320.1 CP y el igualmente especial del art. 320.2 CP. En efecto, resulta muy difícil para los órganos jurisdiccionales del orden penal entrar a conocer la ilegalidad de las actuaciones administrativas que en esta materia que puedan cometer los funcionarios y los órganos de decisión política (autoridades y miembros de órganos colegiados). Precisamente por eso, sólo puede ser detectada la prevaricación general del art. 404 CP y, especialmente los tipos específicos de los apartados 1 y 2 del art. 320, cuando la infracción del ordenamiento de ordenación territorial, del ordenamiento urbanístico o del más específico ambiental sea del todo clara, notoria, patente, grosera, ajena a toda interpretación razonable en Derecho (STS 15-5-04, además de las citadas por la Sentencia de la que discrepo), o sea, cuando la actuación del sujeto activo (el funcionario, la autoridad, el miembro de órganos colegiados o el “extraneus” en los casos en los que procede extenderle la responsabilidad penal pese a tratarse de delitos especiales propios, ex STS 14-2-12) actúan con clara arbitrariedad, capricho o desprecio a los informes jurídicos y técnicos que se les ofrecen.

Lo contrario no supone sustraer, -ni siquiera reducir- a los jueces y magistrados del orden jurisdiccional penal plena competencia (dicha se ésta en sentido usual o atécnico, no jurídico-procedimental, ésta indiscutible), pero sin olvidar que su conocimiento técnico urbanístico y experiencia forense en la materia es inferior a la de los pertenecientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, incluso en el manejo del voluble panorama del Derecho positivo y de la ingente y mas voluble ordenación territorial y urbanística, y, aún más, de conceptos e instituciones singulares de esta particular rama del Derecho, lo que dificulta cumplir con el presupuesto de toda condena penal en estos delitos en blanco: calificar como no ajustado a Derecho un acto o un informe urbanístico, (no exactamente ilegalidad, entendida ésta en





sentido estricto, dada la profusión, complejidad y variabilidad de esta normativa, la mayoría de la cual se contiene -como antes se ha dicho- en instrumentos normativos de rango reglamentario menor, como los Planes Parciales). Precisamente por eso, la declaración de no ajustado a Derecho del acto que se tilda de prevaricador, tiene que ser tan clara que pueda fácilmente ser detectada por quienes no son técnicos en esta materia, es decir, por los jueces y magistrados del orden jurisdiccional penal, o bien, aunque sea menos clara, cuando consten nítidos informes provenientes de órganos administrativos de control, cuya solvencia técnica, en principio, se presume (Secretarios, Jefes de Asesoría Jurídica, Interventores, etc.) que adviertan la irregularidad del acto de forma clara, tajante y unánime o cualificadamente mayoritaria (cuando son varios), y, además, cuando la autoridad, órgano colegiado o funcionario, si decide resolver en contra de ellos (lo que es perfectamente factible) no justifique razonablemente el motivo de su apartamiento de lo dictaminado en estos informes o reparos.

Actuar de forma distinta, entrando precipitadamente a calificar de irregular un acto o informe urbanístico, sin el necesario apoyo técnico en esta difícil materia (el Poder Judicial carece aquí del equivalente al Cuerpo funcional de Médicos Forenses), que ya es una especialidad autónoma (Urbanismo) dentro del Derecho Administrativo (lo que también es extensible a la rama tributaria o a la de Seguridad Social) puede conducir a situaciones tan llamativas -por utilizar un término moderado- como (por poner un ejemplo próximo en el tiempo y en el espacio, al tratarse de la misma Isla a la que se refiere la presente causa y al mismo instrumento territorial (urbanístico en sentido lato), el PIOT de Lanzarote) la de la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Arrecife, de 28-10-11 (caso "Hormigonera"), que condenó, al allí encausado, por delito urbanístico (art. 319.1 CP, aparte de delito de desobediencia del art. 556 CP, conducta ésta derivada de la infracción urbanística y sin relevancia a los efectos comparativos que aquí se expresan), a la pena de un año y ocho meses de prisión, inhabilitación profesional y, además, ordenando el derribo de las tres construcciones (naves industriales) declaradas (penalmente) irregulares, cuando ha resultado que, posteriormente, la Sentencia de 1-9-17, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Las Palmas (ciertamente que aún no consta que sea firme a la fecha de redacción del presente Voto, pero aún así, el solo pronunciamiento de instancia ya es suficiente para excluir la grosería en la eventual ilegalidad del acto administrativo) declara la clasificación jurídica-urbanística del suelo no ajustada a la realidad urbanística del suelo donde se ubicaban las edificaciones, (los preceptos del Plan Insular de Ordenación del Territorio o PIOT) cuya infracción eran la base de la condena penal, preceptos que amplía, esta última Sentencia Contencioso-Administrativa, a las disposiciones del (Plan General de Ordenación Urbana del municipio o PGOU, coincidiendo (y esto es muy relevante) los preceptos aplicados en ambas Sentencias (arts. 4.1.4.1, 2.2.2.2 y 4.2.2.1 del citado PIOT que declaraban el suelo como rústico de protección de valor natural ecológico Jable c.1.2), siendo de destacar que precisamente se condena penalmente por la infracción de estos preceptos, aplicables al suelo en el que se construyó, y luego la Sentencia del orden contencioso-administrativo declara que esos preceptos no son aplicables a ese suelo, con lo que es obvio que no hubo infracción alguna en la actuación urbanística de la persona condenada. La Sentencia del orden contencioso-administrativo no desconoce la existencia de la previa condena penal, pero para explicar la contradicción razona que en la causa penal no se cuestionó la legalidad del planeamiento, argumento innecesario (pudo aludir a la inexistencia de "res iudicata" conforme hizo la Sentencia de este Tribunal, Sala de lo





Contencioso-Administrativo, antes citada, de 10-4-17), además de débil -a mi criterio- dada la coincidencia de los concretos preceptos urbanísticos aplicados en ambas Sentencias (exactamente los mismos), en la penal para condenar por construir en ese suelo y en la contencioso-administrativa para declarar la inaplicación de estos preceptos al suelo, que, para resumir, estaba mal clasificado como “suelo rústico de protección de valor natural ecológico Jable c.1.2”, según declara la posterior Sentencia contencioso-administrativa, mientras que la anterior Sentencia penal condena precisamente por construir en suelo clasificado así. Pese al esfuerzo argumental de la Sentencia, es claro que la declaración de irregular del acto administrativo es presupuesto (el eje) de la condena penal, y esa declaración de irregularidad (o ilegalidad en sentido lato, si se quiere) exige, necesariamente, examinar el ajuste al planeamiento (al territorial o al urbanístico) por lo que la situación planteada es singularmente grave: la Sentencia del orden jurisdiccional especializado declara que las edificaciones, por las que fue condenado el acusado, no sólo no eran contrarias a Derecho de forma grosera, sino que no lo eran, siquiera en forma no grosera, pues la restrictiva normativa urbanística no era aplicable a ese suelo.

En la postura contraria (la absolutoria, en virtud de la prudencia defendida en el presente Voto) se ubica la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 del mismo partido judicial, de data 30-6-17, de interés por cuanto absuelve a los acusados por una actuación igual en otra Bodega del mismo lugar, La Geria (caso “Finca Los Bermejós”), si bien no consta su firmeza.

El supuesto antes señalado (caso “Hormigonera”) no es el único caso de condena penal con posterior declaración de legalidad del acto tildado de prevaricador o de infractor de la normativa medioambiental. Sin rastrear bases de datos (labor tediosa porque no existe conexión directa para relacionar recíprocamente las Sentencias de uno y otro orden jurisdiccional) y sólo recordando los casos más recientes y con mayor carga mediática, se encuentran los conocidos como “Urbanización La Bufona” en la misma Isla de Lanzarote, que por Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Arrecife, confirmada en lo sustancial (al margen de rebaja de penas) por la Sentencia de la Audiencia Provincial de esta Plaza de 14-2-17, fue luego afectada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal, que, revocando la de instancia, declaró nulo el acto administrativo represor de la construcción de las mismas obras, después de resolver con brillantez la inexistencia de “res iudicata” en relación con la condena penal. Cabe citar igualmente el caso “Pajarera”, en Gran Canaria (Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 5 de 4-5-10, confirmada por la de la Audiencia Provincial de esta Plaza, de 18-1-11, con Voto Particular, -ajeno a la cuestión de fondo- pero luego afectado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal, que en Sentencia de 12-6-13, declaró nulo el acto administrativo de denegación de calificación territorial de las obras cuya ejecución dieron lugar a la condena.

Se trata, pues, de casos en los que han precedido condenas penales, precipitándose éstas al declarar graves infracciones urbanísticas resultando luego que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia ha declarado que no existen tales infracciones urbanísticas al darles la razón a los particulares, quebrando la base de la condena penal, y creando una gravísima situación de injusticia material y de incoherencia judicial, precisamente en el orden jurisdiccional penal, en el que las penas, además de lo que por sí conllevan (prisión e inhabilitación), contienen una enorme aflicción, y con más los graves perjuicios económicos causados a los condenados.





Casos tan significativos como los expuestos enseñan que la valoración del desajuste en el binomio normativa urbanística-acto de licencia de edificación o acto de concesión de licencia deba hacerse, en el orden penal, con extremado “tino y prudencia” (STS, I, 10-12-84, sin ninguna relación con el tema de la presente causa, invocada sólo a efectos de importación de sus acertadas expresiones) y ponen en entredicho al Poder Judicial precisamente donde más debe cuidarse: en el orden jurisdiccional penal, en el que, como antes se apuntó, se imponen condenas (prisión) restrictivas de derechos de tanta importancia como el de la libertad, a más de las consecuencias económicas y, especialmente, las de honor, credibilidad y solvencia de funcionarios, autoridades y particulares, produciendo un inmenso daño que es, material y jurídicamente, difícilmente indemnizable, incluso considerando los mecanismos reparadores previstos para la revisión de Sentencias (arts. 954 LECr. y 57.1 LOPJ, de muy difícil aplicación a casos como el anterior) o al error judicial (arts. 292 y ss. LOPJ ), ni menos aún la posibilidad de exigencia de responsabilidad civil a miembros del poder judicial (arts. 16, 296 y 297 y 411 a 413 LOPJ y 403.2 de la LECv.) puesto que el daño (en particular el moral) es de muy difícil reparación (cuestión extensamente expuesta en el reciente Auto de esta Sala de 25-7-17, Dil. Prev. 5/17, en relación con el sobreseimiento de actuaciones penales cuya sola continuación hubiera conllevado singulares perjuicios), dado que el honor y la credibilidad de las personas en sus diversas manifestaciones, personal, social, profesional y familiar, no son “lavables”, salvo con una larga y costosa campaña de difusión.

Precisamente por eso, cuando se trate de declarar responsabilidad penal por estos tipos penales en blanco, debe tenderse a la absolucón (o mucho mejor, al sobreseimiento provisional ex art. 637.2 LECr., evitando los obvios perjuicios a los investigados) cuando en el orden jurisdiccional penal se tenga la más tenue duda sobre la ilegalidad urbanística o el acto administrativo tildado de irregular (ilegal en sentido amplio, incluyendo los instrumentos de ordenación urbanística de ínfimo rango normativo reglamentario, como se ha dicho, por lo que parece preferible utilizar el término desajuste o contravención entre, de un lado, el acto administrativo o el acto edificatorio y, de otro, el ordenamiento urbanístico), pues ello conlleva -se insiste- una complejidad radicalmente incompatible con la actuación administrativa que, para entrar en el “ager” penal, ha de ser “grosera, arbitraria, nítida y claramente contraria a Derecho, ayuna de toda razonabilidad” (STS 11-10-13) o “atropellando el Ordenamiento Jurídico” (STS 21-10-02), y expresiones similares utilizadas por la doctrina jurisprudencial antes citada, que la Sentencia cuida de exponer con amplitud y claridad pero, que -a mi particular criterio- no aplica adecuadamente al caso.

No resulta ocioso reproducir las acertadas expresiones de la STS 11-10-16, al fijar el “limes” entre el ilícito administrativo y el penal, Sentencia que, además, precisamente deslinda las dos licencias que aquí operan (obra y actividad). Afirma que “Ha de recordarse, en relación con lo que se acaba de decir, que no es competencia de los Tribunales del orden penal determinar cuál es la interpretación más correcta de la norma administrativa, lo cual corresponde finalmente a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, sino establecer si, a los efectos del delito de prevaricación, la interpretación y aplicación de estas normas, realizada por el acusado, es tan irrazonable y contraria a Derecho, que no encuentra un apoyo mínimo en la interpretación realizada con cánones ordinariamente admitidos..”





Así, tal es, repito, a mi personal criterio y con el respeto a mis compañeras, el caso de la presente Sentencia, acometiendo una tarea de examen de esta normativa administrativa urbanística tan difícil y mutable, no sólo por la variabilidad de la calificación, sino -como antes se indicó- por la realidad fáctica, con el efecto de modificación de la clasificación urbanística del suelo, o bien por la declaración de ilegalidad del planeamiento, hecha “a posteriori” por los órganos jurisdiccionales específicamente competentes (se insiste en el llamativo ejemplo, antes expuesto, de la Sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativo, en la misma Isla declarando la irregular calificación del suelo efectuada por el PIOT de Lanzarote y la clasificación del suelo efectuada por el PGOU, las mismas disposiciones urbanísticas que se suponen infringidas en la presente causa penal).

Véase que incluso contravenciones de actos administrativos a la legalidad (en sentido amplio, incluyendo la reglamentaria) pueden resultar inocuos pues aunque normalmente causen los efectos alternativos de nulidad o anulabilidad administrativa aludidos por la Sentencia de la que discrepo (con cita del art. 62 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, hoy derogada por la Ley 39/15) la doctrina jurisprudencial, ex STS, III, 26-2-08, ha declarado la existencia de lo que ha denominado “irregularidades no invalidantes”, término acuñado que indica lo que refleja su rótulo: actos administrativos que incumplen normas, reglamentarias o incluso de rango legal, pero que carecen de consecuencias.

Así, se constata la dificultad que presenta para los órganos jurisdiccionales de lo penal entrar en el -se repite- vasto, complicado (hasta contradictorio) y variable (más bien voluble) campo del Derecho Administrativo Urbanístico, de manera que, conforme con la repetida jurisprudencia penal, insisto en que sólo debe ser posible detectar el elemento objetivo de delitos como la prevaricación cuando la ilegalidad administrativa es tan patente, grosera, arbitraria y caprichosa que se muestra sin necesidad de ahondar en el campo administrativo, especialmente en el de planificación urbanística, propia de especialistas y tan variable por la superposición y continuo cambio de los instrumentos de planificación y ordenación territorial urbanístico “lato sensu” (que abarcan las categorías de instrumentos de ordenación territorial general, de ordenación ambiental y de ordenación urbanística “strictu sensu”, contenidos, aparte de la legislación estatal, en la autonómica (Directrices de Ordenación, que son de carácter autonómico, Planes Generales Municipales, Planes Territoriales Especiales, Planes Territoriales Parciales, Normas Técnicas de Planeamiento, Planes de Mejora y Modernización, Planes de Ordenación o de Gestión de los recursos naturales en los Espacios Naturales Protegidos, etc.). Y estas disposiciones urbanísticas -frente a lo que da por sentado la Sentencia- no tienen una estructura jerárquica siempre clara, existiendo vericuetos, y siendo muestra de ello la normativa urbanística vigente en el ámbito autonómico, que ha introducido nuevos instrumentos de ordenación urbanística que tienen un efecto horizontal quebrando la estructura jerárquica clásica, y concretamente, posibilitando la realización de obras o de usos al margen del planeamiento general o del planeamiento sectorial o especial, al permitir, como alternativa a la ejecución de los Planes Urbanísticos de carácter jerárquicamente superior, que se hagan actuaciones urbanísticas “de forma autónoma”; tal es el caso de los llamados “Proyectos de Interés Insular o Autonómico” creados por el art. 123 de la Ley Territorial Canaria 4/17, del Suelo y Espacios Naturales Protegidos de Canarias. Véase la complicación normativa en un ejemplo aplicable precisamente a los espacios naturales como es el de la bodega cuya licencia aquí se examina, donde existen cinco posibles instrumentos de ordenación (art. 104), con distinción (art. 106) entre “normas de carácter vinculante y normas directivas” (lo que





indica que éstas, por pura exclusión lógica, no son vinculantes), la zonificación (art. 108) que permite seis posibilidades de uso (desde la de uso restringido a las de uso general, pasando por cuatro intermedias) a más de la mutabilidad de la clasificación del suelo en urbano por la vía de los hechos, cuando, como se dijo al inicio del presente Voto, concurre una mera realidad fáctica (acceso rodado y suministros de agua y electricidad) obtenida ésta incluso al margen del Ordenamiento Jurídico Urbanístico (STS 27-10-15, a más de las antes citadas,

Otra muestra, -ya específica del presente caso- de esta variabilidad del ordenamiento urbanístico es la aprobación del Plan Especial de la zona en la que se ubica la bodega, la Geria, aprobado inicialmente por el órgano entonces competente de la Comunidad Autónoma (la COTMAC), aprobación que tuvo lugar en fecha 24-3-99, que cambiaba el panorama urbanístico restrictivo en esta zona. Ciertamente es que, como indica la Sentencia de la que discrepo, la Sentencia de este Tribunal (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de data posterior, dejó sin efecto tal Plan, pero aún así, estuvo vigente en tanto no recayó Sentencia de ese orden jurisdiccional (del año 2.010 al año 2.012), y lo hubiera estado si no hubiera sido objeto de impugnación o ésta no hubiera prosperado, lo que evidencia la mutabilidad e inseguridad del planeamiento urbanístico en general y del de la zona de la Geria en particular.

Otro ejemplo de la complejidad y variabilidad del Ordenamiento Jurídico urbanístico se encuentra en la antes citada nueva Ley 4/17 del Suelo y Espacios Naturales de Canarias (408 densos artículos, más 40 Disposiciones Adicionales y Transitorias), que da un vuelco a la normativa urbanística autonómica, estableciendo nuevas disposiciones que, sólo en lo que aquí atañe, en relación a la presente causa penal, destaca que se permite el uso de bodega en suelo rústico (art. 60), salvo que la normativa del Espacio Natural Protegido lo impida, con lo que, con esa actual normativa, queda aún más clara la legalidad de la bodega. De otro lado, permite la rehabilitación de viviendas (también aplicable al presente caso) e incluso le exime de solicitud de licencia, bastando la simple comunicación previa (art. 332.1.a).

Por último, dentro de estas indicaciones previas, debe realizarse otra observación en relación con la condena al Alcalde del primer período (Sr. Reyes) y al Secretario Sr. Vicente Bartolomé, por cuanto la Sentencia alude a su condena por delitos similares en virtud de Sentencia, de conformidad, de la Secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19-4-17 (Sentencia exhaustiva y muy completa). Para quien suscribe, esta condena no puede erigirse en un perjuicio (en el sentido usual del término) para ellos, pues esta condena sólo opera a efectos punitivos (agravantes, ex art. 22 CP, suspensión de las penas ex arts. 81 y ss. CP, o sustitución de penas ex arts. 88 y 94 CP). Aún más, en este caso, la condena impuesta a estas personas puede erigirse en elemento a valorar positivamente, pues se obtuvo de conformidad en aquella causa penal que, así, puede operar aquí a su favor, pues ante las ya impuestas penas de inhabilitación en aquella Sentencia, poco perjuicio real les supondría haber efectuado igual conformidad en la presente causa, evitándose el tedioso (cuatro días, algunos con sesión de mañana y tarde) y mediático juicio. No lo han hecho así, sino que se han opuesto, y ello resulta revelador, frente a la conformidad que mostraron en la anterior causa penal. Tampoco cabe, a mi criterio, presentar un ambiente delictual en la actitud de estos acusados (y del Ingeniero municipal Sr. Andrés Morales) en el hecho, también destacado en la Sentencia, de que en diez días hábiles tramitaran la admisión de la solicitud, (los informes favorables a la tramitación) y los oficios de solicitud de informes externos porque, además de





no ser un plazo especialmente breve (los diez días), se trata de resoluciones-informes de puro trámite, sin sustantividad alguna y, además, mal puede parecer que hubo celeridad cuando la tramitación del expediente (desde la solicitud hasta la concesión de la licencia) se demoró mas de tres años.

En esa misma línea se sitúa la afirmación contenida en el Fundamento Jurídico Segundo, apartado D, relativo a la acusación por delito medioambiental del art. 329 CP. Aunque se absuelve por este delito, se presenta (innecesariamente, precisamente porque se absuelve) un panorama negativo en relación con la actividad de la Bodega, al afirmarse que existían “graves riesgos de contaminación ambiental”. Entiendo que una actividad de bodega, aún de dimensiones superiores a lo meramente tradicional, no crea riesgos ambientales que puedan calificarse como de gravedad, pues es de conocimiento común (en una sociedad cada vez más conocedora de la cultura del vino) que los productos de desecho producidos por la producción vitivinícola se reducen al hollejo de la uva (la piel y el pedúnculo, cuando lo hay, como restos de la uva una vez prensada para extraer el mosto), el producto de la propia fermentación (el etanol, que es el común alcohol etílico, que queda incorporado al vino como producto que le diferencia del mosto y producto carente de riesgo de combustión) y el gas carbónico, común a todas las bebidas carbonatadas (gas que aquí, además, no es adicionado sino producido por fermentación natural), mas la probable adición de una mínima cantidad de sulfitos. Es obvio, por tanto, que los riesgos de contaminación ambiental, desde el punto de vista material, son reducidos y máxime en una isla que, como es igualmente hecho notorio (art. 281.4 LECv., aplicable igualmente en el ámbito penal) y a diferencia del resto de las Canarias, carece de acuífero subterráneo explotable, dada su extrema aridez, si bien desde la perspectiva legal (ley 1/98), una bodega se considera actividad clasificada por potencialmente molesta, insalubre, nociva o peligrosa, a efectos legales y, por tanto, necesita Licencia de Actividad, pero al igual que la precisan otras actividades tan comunes como una cafetería, pastelería o peluquería, aunque lo sean de dimensiones mínimas.

SEGUNDO.- La exposición de mi discrepancia debe partir de aquellos aspectos de los Hechos Probados de la Sentencia de los que me aparto, procurando, para una más clara exposición de mi discordancia, ceñirme al orden sistemático de la misma.

A.- En general y en relación con el relato histórico, entiendo que contiene expresiones que predeterminan el fallo (STS, IV, 20-11-02) expresiones, que, si bien son frecuentes en las exposiciones fácticas hechas en Sentencias del “ager” penal, tiñen la neutralidad con la que -a mi parecer- deben exponerse los Hechos Probados, siguiendo la estructura de la Sentencia penal que impone el art. 142 LECr.; la Sentencia incorpora, a lo largo de toda su exposición fáctica, juicios de valor en cuanto a la concurrencia del elemento subjetivo de los tipos penales, el dolo, con sus componentes (elementos cognoscitivo y volitivo) de conocimiento y voluntad (STS de 15-3-07, glosando los escuetos arts. 5 y 10 CP) con expresiones como la contenida en el ordinal 13º del citado relato fáctico, y en relación con los miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, cuando se afirma que “todos ellos eran conscientes de que estaban otorgando una licencia de actividad cuya concesión debía ser previa al inicio de las obras y no autoriza el inicio de la industria...”. Estas expresiones están ayunas de probanza, y se repiten en casi todos los hechos probados, mezcladas con elementos puramente fácticos y otros objetivos (la descripción del “iter” procedimental de los expedientes y el contenido de los







informes y resoluciones, aspectos en los que naturalmente, muestro mi conformidad) y discrepo de ellos porque -se repite- ni existen probanzas que conduzcan a que los condenados fueran concededores de las irregularidades administrativas (suponiendo que las haya, cosa de la que dudo, como luego expondré), ni de que intencionadamente las quisieran obviar para favorecer al empresario solicitante (por cierto, absuelto, pese a que fue el que efectuó las irregularidades urbanísticas, conclusión que comparto plenamente, pero que casa mal con la condena a los otros, sin que sea óbice su condición de particular, dada la admisión jurisprudencial de la figura del “extraneus”, ex STS 14-2-12, a través del mecanismo de la cooperación necesaria en la autoría de los delitos especiales propios, como se ha hecho con los acusados Sres. Bartolomé y Morales). Al efecto, convendrá recordar que los tipos penales aplicados requieren dolo (directo o, al menos, eventual) como se cuida de precisar la doctrina (SAP Burgos de 29-12-04, de Salamanca de 25-6-03 o de Cáceres de 7-5-01, por citar sólo doctrina de rango no jurisprudencial).

B.- Los apartados segundo y tercero de tal relato fáctico ya comienzan a abordar uno de los temas cruciales de la presente causa penal, es decir, la falta de ajuste al planeamiento urbanístico de la obra cuya licencia de actividad fue concedida previo informe favorable; ello constituye el hecho punible que se atribuye a los encausados D. Vicente y D. Andrés (Secretario e Ingeniero municipal). En esta cuestión, que se centra en la tramitación del expediente en lugar de su rechazo “a limine” se da por sentada la ilegalidad urbanística de tales actuaciones (los dos informes) cuestión jurídicamente discutible, como argumentaré en los siguientes Fundamentos Jurídicos.

Destaco mi discordancia con las expresiones efectuadas al calificar la actuación de los indicados condenados como “cuando lo adecuado hubiera sido informar desfavorablemente...”, lo que enlaza con el examen del ajuste o no al planeamiento urbanístico de los informes emitidos y la licencia otorgada conforme a ellos.

C.- El apartado quinto del relato fáctico contiene -igualmente a mi particular criterio- el mismo tipo de afirmaciones, al imputar al Ingeniero municipal Sr. Morales conocimiento de la inadecuación a la ordenación urbanística del Proyecto que informó favorablemente con expresiones como “...no obstante conocer también que el Proyecto...tampoco se adecuaba al PGOU de Yaiza ni al PIOT de Lanzarote”.

D.- Nada que objetar a los ordinales fácticos sexto a décimo, pues en ellos no se vierten afirmaciones relativas al elemento doloso (conocimiento y, especialmente, intención) de los condenados, sino que simplemente se refleja objetivamente el historial del procedimiento en sus subsiguientes fases de tramitación.

Sí son de destacar aspectos fácticos (objetivos, se insiste) que muestran la discutible adecuación de la licencia al ordenamiento, pero tales aspectos serán objeto de mención en los apartados siguientes de este Voto.





E.- En la línea de los anteriores apartados, igualmente discrepo de las afirmaciones contenidas en el Hecho Probado Undécimo, relativo a la actuación de los condenados Alcaldesa y Concejales (Sra. Acuña, la aforada y Sres. Rodríguez, García y Tavío) que culminaron el procedimiento concediendo la Licencia de Actividad (conforme a los informes obrantes en el expediente y manifestados en la sesión municipal por el Secretario D. Vicente Bartolomé, dato en el que insistiré).

De nuevo, las expresiones contenidas están (a mi particular criterio) ayunas de probanza en relación al conocimiento e intención prevaricadora de los condenados. Así, se afirma que “teniendo el conocimiento o, al menos, la posibilidad de obtenerlo, de la ausencia de un trámite fundamental y obligatorio del expediente...”. Destaca la expresión “la posibilidad de obtenerlo”, que implica imponer a la Alcaldesa y Concejales una especie de obligación de estudiar, por sí mismos o acudiendo a terceros ajenos al Ayuntamiento, si el expediente se encuentra falto de algún trámite, relegando el informe del Secretario.

F.- En relación al ordinal Duodécimo, referido a la actuación del Secretario Municipal Sr. Bartolomé, se le imputa la omisión de advertir en la sesión municipal que concedió la licencia que ésta no se ajustaba a lo previsto en el Plan Insular (PIOT) ni en el PGOU, cuestión que estimo jurídicamente discutible, por lo que debo remitirme a lo que expondré más adelante.

G.- El Hecho Probado Decimotercero se refiere también a la actuación de la Alcaldesa y Concejales de la segunda etapa del expediente, los que otorgaron la Licencia, en relación igualmente a su conocimiento e intención al otorgar la Licencia, pero tocando un aspecto concreto: la no concesión de la licencia de obras posterior a la de actividad, y en base a que tal conocimiento e intención se evidencian en su asistencia al acto de presentación-inauguración de las instalaciones de la Bodega, sobre las que la Alcaldesa hizo determinadas manifestaciones en la prensa local (“Me parece que las Bodegas Stratus es una obra de envergadura sin precedentes en la isla” y “es evidente que la inversión ha sido importante”).

En esta ocasión, el conocimiento (no la intención) de la realidad fáctica reflejada en el Hecho Probado (que sabían que la Licencia de Actividad concedida no autorizaba el inicio de la actividad en sí misma, pues precisaba la Licencia de Obra) sí se basa, a diferencia de las anteriores, en un hecho probado (confirmado por los propios condenados en el acto del plenario), consistente en su asistencia a tal acto y en las manifestaciones de la Alcaldesa Sra. Acuña a la prensa local.

Pero, a mi particular criterio, tal asistencia no implica el conocimiento de que las edificaciones se iban a dedicar a restaurante y a tienda aprovechando la licencia que permitía la rehabilitación de la vivienda antigua y del almacén que se encontraban allí. Me parece un hecho notorio (exento de probanza ex art. 281.4 LECv., extensible al proceso penal), que en un cóctel presentación de la bodega, en un acto multitudinario como el que se observa en el reportaje periodístico obrante en la probanza documental de la causa, se aprovecha todo el espacio disponible para instalar mesas, barras para bebidas y demás elementos móviles para atender a tantos invitados y servirles las bebidas propias de un acto de presentación de una Bodega y de sus vinos, más los sólidos que se acompañan. Por tanto, lo que los acusados





contemplaron fueron unas instalaciones acondicionadas específicamente para ese acto consistente en presentar y servir el vino y demás bebidas y más las viandas de acompañamiento, a un amplio número de invitados, pero no la actividad de restaurante y tienda-cafetería que se iba a prestar en el futuro. Para afirmar esto último sería preciso acreditar que los acusados visitaron a las instalaciones de la Bodega posteriormente, observando la actividad complementaria de restaurante y bazar y, además, que hubieran estudiado el expediente, visto los planos y condiciones de la Licencia para comprobar la discordancia y además, que recordaran, cuando se hubiera producido la hipotética visita, que la actividad concedida había sido sólo para bodega. Nada de esto se ha acreditado e insistiré en el análisis crítico de la condena a tales cargos municipales..

Respecto a la Sra. Acuña, la Alcaldesa hoy aforada, las expresiones publicadas (reconocidas en el juicio oral por ella) implican sólo una valoración positiva de la iniciativa empresarial y del gasto o inversión efectuado por el dueño, siendo las declaraciones habituales en cualquier acto de esta índole por parte de cualquier Alcalde o responsable político que acude a un acto de inauguración de una nueva actividad en su municipio, elogiando la apuesta empresarial, resaltando su importancia y su incidencia en la economía y prestigio de la zona y en la oferta de un nuevo vino, recuperando y relanzando una actividad típica del municipio (la producción vinícola en la conocida zona de La Geria).

Por tanto, he de discrepar (reiterando el respeto al criterio de mis compañeras) de la afirmación fáctica relativa al conocimiento e intención de los miembros de la Corporación municipal condenados, respecto a la actividad complementaria de restauración y tienda de vinos que posteriormente se hizo en la bodega, autorizada sólo para ese último uso.

Por otra parte, debe recordarse, una vez más, que la licencia de obra ya había sido concedida en su día, y más con la autorización del Gobierno de Canarias (Dirección General de Urbanismo) con la mención expresa de uso de bodega, como antes se indicó, lo que abunda en la convicción de los asistentes a la sesión municipal de que la licencia concedida se ajustaba a la legalidad urbanística.

H.- Nada que objetar al relato fáctico del Hecho Decimocuarto. En primer lugar, por su fiel ajuste a las conversaciones, grabadas por la Policía Judicial, al Concejal Sr. Rodríguez con el solicitante de la Licencia Sr. Rosa, conversaciones inocuas y que, lejos de mostrar connivencia, ofrecen el contenido normal entre ambos, en sus respectivas posiciones de Concejal y empresario, e incluso constatan la falta de conocimiento del Concejal del asunto de la Licencia. Tales conversaciones, por lo demás, son las únicas relevantes en una interceptación telefónica que duró muchos meses, lo que muestra la probidad en la actuación del Concejal Sr. Rodríguez, probidad que contrasta con imponerle una condena sólo porque votó a favor de la concesión de la Licencia (con todos los informes favorables).

Acorde con ello, la Sentencia los absuelve del delito de tráfico de influencias (art. 429, en relación de concurso ideal con el delito del art. 320.2 CP) que sostenían las acusaciones, absolución con la que muestro total conformidad.





I.- El largo y preciso Hecho Probado Decimoquinto refleja el soporte fáctico de otro de los comportamientos que se imputan a los mismos integrantes de la segunda Corporación Municipal, la Alcaldesa Sra. Acuña y al Concejal Sr. Rodríguez, que es su pasividad en la represión de la actividad complementaria a la de bodega y al exceso de ésta en cuanto a su dimensión más allá de la tradicional.

En general, el extenso relato histórico recoge objetivamente los hitos de la actuación municipal en los años posteriores, que se resumen en la inactividad de la Alcaldesa y del Concejal (al no constar informes, denuncias ni actuaciones algunas) hasta que la actuación judicial en fase de instrucción les pone en su conocimiento los incumplimientos del titular de la bodega en cuanto al exceso sobre lo autorizado en la Licencia de Actividad y en la en su día concedida Licencia de obras.

Dos precisiones, no obstante, han de indicarse: la primera, que la inactividad de la Alcaldesa y del Concejal de Urbanismo, una vez que se detectaron los excesos, fue sólo parcial, al disponer sólo el precinto del restaurante e instalación aneja y no la de la Bodega, actuación que (a mi parecer, insisto) está perfectamente justificada como luego se indicará y, en segundo lugar, que en el párrafo final del Hecho Probado se omite indicar que la clausura judicial de la actividad de Bodega, a la que se refiere ese párrafo indicando que fue ordenada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial, ha sido revocada por Auto del mismo órgano judicial, de fecha 22-12-16 (rollo nº 42/16) del mismo órgano, como consta por hecho notorio dada la difusión pública de la noticia.

TERCERO.- Despejando, por mostrar mi conformidad como ya se ha dicho, con los aspectos jurídicos planteados como cuestiones previas (arts. 786.2 LECr. en relación con el art. 666.1.3 de la misma) y con las cuestiones procesales planteadas marginalmente, como la prescripción, centro mi oposición en la cuestión de fondo: la condena a ocho, de los diez acusados, por cuatro conductas que la Sala, frente a mi posición, considera delictivas. Sigo la ordenación sistemática de la Sentencia, que se estructura, en esta cuestión nuda, en cinco apartados, ordenados en la Sentencia bajo apartados A a D:

I

A) .- Delito de Prevaricación del art. 404 CP, atribuido al Sr. Reyes, Alcalde en la primera fase del expediente, al Secretario del Ayuntamiento, Sr. D. Vicente Bartolomé y al Ingeniero Sr. Andrés Morales, estos últimos como cooperadores necesarios.

La Sentencia, al tratarse de un delito especial propio, utiliza la técnica (antes expuesta) de admisión del “extraneus” (STS 18-1-93) distinto al autor de la propia resolución tildada de prevaricadora, a través de la cooperación necesaria (STS 14-2-12), técnica impecable y desde luego consolidada jurisprudencialmente (STS 2-3-16). Sin embargo, la construcción doctrinal precisa de la declaración de groseramente ilegal de la Resolución para, a partir de ésta, atribuir al autor de esa Resolución la conducta delictiva y, así, luego poder extender a los cooperadores necesarios la responsabilidad criminal en el delito del art. 404 CP.





A mi juicio, -ya se adelanta la conclusión- desde luego que la Resolución de inicio del expediente no sólo no es groseramente ilegal, sino que ni siquiera es ilegal. Y la Resolución de concesión de la Licencia puede que sea irregular (en sentido amplio, al contravenir uno -no dos- instrumento de planificación urbanística, de ínfimo rango reglamentario) pero no lo sería de forma arbitraria, grosera o manifiesta.

Procede, por razones de ordenación sistemática, distinguir la intervención de cada uno de ellos.

1.- Actuación del Sr. Bartolomé, Secretario del Ayuntamiento, condenado como cooperador necesario en delito de prevaricación del art. 404 CP.

Lo que, en primer lugar, se achaca a D. Vicente Bartolomé (Secretario Municipal) y, por derivación, al Alcalde (el titular en la primera fase del expediente) Sr. Reyes, es que dispusieran la instrucción del expediente cuando no ésta no procedía, sino la denegación expresa de la solicitud, es decir, sin instruir expediente. El precepto invocado se encuentra en la Ley Territorial Canaria 1/98, de 8 de Enero, reguladora de las Actividades Clasificadas; efectivamente, como indica la Sentencia, el aplicable es su art. 16 párrafo inicial (pero no el párrafo que refiere la Sentencia, que de forma equívoca hace referencia al ordinal 1, que se enmarca en el apartado b, y que se refiere a la adecuación del proyecto a la normativa urbanística), que es el que, siguiendo la argumentación de la Sentencia (de la que discrepo) indica que no se instruirá el expediente, sino que procederá la denegación expresa, cuando concurren “razones de competencia municipal basadas en el planeamiento urbanístico o en las ordenanzas municipales”.

De esta parte del precepto deduce la Sentencia que lo que el acusado D. Vicente (Secretario del Ayuntamiento) tenía que haber informado era la “denegación expresa de la licencia”, en lugar de proponer la incoación y tramitación del expediente.

No puedo compartir tal conclusión, especialmente porque entiendo que la Sentencia yerra en la deducción anterior en cuanto a lo que deduce del contenido del precepto normativo autonómico.

a.- De entrada, la no instrucción del expediente, ya de por sí, es un efecto anómalo, pues con carácter general, toda solicitud de un ciudadano debe dar lugar a la incoación del expediente, sin perjuicio de la resolución denegatoria que proceda. Tal es la previsión legal de los arts. 68 y ss. de la Ley 30/92 (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, conocida por su acrónimo LRJAP y PAC), entonces vigente al tiempo de producirse las actuaciones administrativas que aquí se enjuician, Ley que sólo prevé la inadmisión de la solicitud, o sea, la no incoación del expediente, a los supuestos de solicitud de “derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o que sean manifiestamente carentes de fundamento” (art. 89.4), previendo la inadmisión “a limine “ solo en los supuestos de los recursos administrativos (art. 113.1). El mismo criterio sigue, aun de forma más restrictiva, la actual Ley que derogó a la anterior (Ley 39/15, de Procedimiento Administrativo Común, como antes se dijo) pues sus arts. 70 y ss. (especialmente el art. 75) disponen la incoación del expediente y la tramitación del mismo sin prever la inadmisión de





solicitudes, ni siquiera por incompetencia del órgano, de forma que la inadmisión sólo se prevé, igual que en la anterior Ley (la entonces vigente) en caso de recursos administrativos presentados ante órganos incompetentes (art. 116). De ello se deduce el principio general del Derecho Administrativo que impone la incoación de expediente y la tramitación del mismo ante cualquier solicitud.

b.- Pero aún admitiendo (en hipótesis defendible) que el art. 16 de la citada Ley Territorial Canaria prevea la no incoación del expediente, sino el dictado de una inmediata resolución denegatoria, lo cierto es que tal efecto sólo se prevé en el citado precepto exclusivamente cuando concurren “razones de competencia municipal, basadas en el planteamiento urbanístico o en las ordenanzas municipales”, y este no era el caso; la Sentencia -a mi modesto parecer- entiende la ausencia de competencia como si fuera un efecto del desajuste entre la licencia y el planeamiento. No es así. Véase: lo que prevé el precepto es el efecto similar a la falta de requisitos de admisibilidad de una demanda en cuyo caso, se rechaza “a limine” (arts. 403 LECv., respecto al juicio civil en su modalidad de ordinario o la falta de requisitos formales esenciales en la querrela, ex arts 277 LECr.).

En efecto, la postura que defendiendo requiere reproducir, en lo que importa, la letra del citado precepto autonómico. Este prevé la denegación inicial (es decir sin instrucción de expediente, que es necesario para pedir informes) sólo cuando se dan “razones de competencia municipal, basadas en el planeamiento urbanístico o en las ordenanzas municipales”, continuando el precepto más adelante, tras sentar el principio general de la incoación del expediente y en fase de instrucción del mismo, que “se emitirá, por los técnicos municipales..informe...que deberá contener...: 1.- Adecuación del proyecto a la normativa urbanística de aplicación”.

Por tanto, me parece claro que lo que indica el precepto es que su previsión de resolución denegatoria inicial, sin expediente, se refiere exclusivamente al caso de que, en virtud de la normativa contenida en el planeamiento urbanístico o en las ordenanzas, el otorgamiento de la licencia no sea de competencia municipal (caso, por ejemplo, de la normativa autonómica canaria antes en vigor, el R.D. Legislativo 1/00, aprobatorio del T.R. de la Ley del Suelo de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, que residenciaba la competencia para la aprobación de los Planes Generales de Ordenación en un Organismo de ámbito Autonómico, la COTMAC, y no en los Ayuntamientos, norma legal entonces vigente y hoy derogada por la Ley Territorial Canaria 4/17), pero no cuando sea competente el Ayuntamiento, como aquí lo es, por no tratarse de una aprobación de instrumento urbanístico, sino de una simple licencia de actividad clasificada y no existe norma urbanística ni ordenanza municipal que le prive de tal competencia para tramitar el expediente, que le es otorgada por los arts. 9 y, sobre todo, 15, en el mismo inciso inicial que aquí se está glosando. Así que, cuando pueda haber desajuste entre la actividad y el planeamiento territorial o urbanístico, esa es una causa de Resolución denegatoria, pero final, de la licencia (no de negativa a instruir el expediente dictando esa Resolución denegatoria inicial, entre otras evidencias, porque el Alcalde no puede saber si se ajusta o no al planeamiento sin que tal extremo sea objeto de informes jurídicos y/o técnicos), es decir, se actúa como es regla normativa en la Administración: se incoa el expediente, se solicita informe técnico (y/o jurídico) y, si éste indica que hay desajuste entre la actividad y el ordenamiento territorial o urbanístico, se deniega la licencia. Es este el mandato de la norma, como se desprende del apartado b del precepto, que, regulando la fase de instrucción, requiere que (como ya se dijo) “se emitirá, por los técnicos municipales competentes..informe., que





deberá...los siguientes extremos: “1. Adecuación del proyecto a la normativa urbanística de aplicación..”.

Por tanto, cuando el acusado D. Vicente, en su condición de Secretario del Ayuntamiento, informa que procede la tramitación del expediente, no comete ilegalidad alguna, puesto que la competencia municipal para ello es clara (otra cosa es el contenido del informe posterior del técnico, el Ingeniero D. Andrés Morales, también acusado, que será objeto de análisis posterior al ser condenado también por el delito del art. 320.1 CP).

c.- En todo caso, aún admitiendo -en la hipótesis a la que me opongo con todo vigor- la conclusión de la Sentencia condenatoria (D. Vicente Bartolomé, el Secretario, tenía que haber informado la inicial denegación de la solicitud sin incoar expediente para pedir informes), lo que es del todo punto claro es que tal informe, que es el habitual (tramitar un expediente ante toda solicitud según el principio antes citado) no constituye una ilegalidad grosera, indefendible en Derecho y claramente arbitraria, que es lo que se requiere para que una ilegalidad administrativa se criminalice como prevaricadora, como ha quedado claro en la exposición de la doctrina jurisprudencial que glosa el art. 404 CP y que la Sentencia, adecuadamente en su prefacio expositivo, expresa en su Fundamento Jurídico, pero que no aplica al acusado.

2.- Actuación del Alcalde en la fase inicial del expediente administrativo, D. José Francisco Reyes, condenado como autor de delito de prevaricación del art. 404 CP.

Si, como antes se ha visto en el apartado 1.a, la actuación de D. Vicente, el Secretario, al informar la admisión a trámite, no es prevaricadora (dicho en sentido amplio, prescindiendo de que se trate de un delito especial propio) aunque pudiera (en la interpretación normativa, de la que discrepo frontalmente, que hace la Sentencia del art. 16 citado) no ajustarse a Derecho, lo que es aún más claro es que el Decreto del otro acusado, el Alcalde D. José Francisco, carente de toda formación jurídica (la Sentencia intenta superar este importante dato, indicando que “era conocedor dado el número de años que llevaba al frente de la Alcaldía”) e inmerso en las obligaciones representativas de su cargo, menos puede ser tildada de prevaricadora, pues se limitó a seguir lo que le informaba el Secretario, jurista del Ayuntamiento, a menos que se pretenda exigir al Alcalde (aunque fuera Licenciado o Graduado en Derecho, que no es siquiera el caso, pues carece de toda formación superior) que estudie aspectos jurídicos tan técnicos en una materia tan compleja como es el Derecho Administrativo (y más compleja y, encima, variable en el área de Derecho Urbanístico) para disentir de lo informado por el Secretario y negarse a firmar el Decreto que, entre otras tantas resoluciones, se le ponen a la firma, como mera rutina y aún menos en una resolución tan habitual y de puro trámite como es la mera incoación de un expediente ante una solicitud de licencia. Trasladando esto a la actuación procesal judicial es como si, en la normativa procesal clásica (antes de la atribución a los LAJ de estos trámites) prevaricara el Juez de Paz lego en Derecho, que firma una Providencia de admisión de una demanda, a propuesta del entonces Secretario Judicial, cuando lo que procedería era la inadmisión.

3.- Actuación del Ingeniero Municipal D. Andrés Morales, condenado como cooperador necesario en delito de prevaricación del art. 404 CP.





Dejo aparte la -a mi juicio- improcedente alusión a la remota relación del Ingeniero municipal D. Andrés Morales con el solicitante de la licencia (siendo “medio familia” y “haber tenido como empleado a un tío”); en este sentido, e igualmente en relación con el pretendido trato de favor que también se le imputaba a otro de los condenados (el Concejal D. Leonardo) la declaración en el acto del juicio del empresario solicitante de la licencia resultó tan llamativa como acertada, cuando con ironía manifestó algo parecido a “pues vaya favores y amigos, cuando tardaron más de tres años en darme la licencia” (efectivamente solicitó la Licencia en Julio 2005 y se le otorgó en Diciembre 2008, casi tres años y medio después).

Los razonamientos expresados respecto a la actuación del Secretario del Ayuntamiento Sr. Bartolomé son igualmente extensibles, en su totalidad, a la del Sr. Morales, al que se suma su falta de formación jurídica en una materia tan típicamente administrativa como es la disyuntiva admisión a trámite / resolución denegatoria.

## II

B.- Condena a los Sres. Bartolomé Fuentes y Andrés Morales, respectivamente Secretario e Ingeniero del Ayuntamiento, por delito contra la Ordenación del Territorio, del art. 320.1 CP (queda absuelto el Ingeniero del Cabildo Sr. Spínola, absolución que naturalmente, comparto).

Se enjuicia (y condena aquí) la actuación de los Sres. Bartolomé (Secretario del Ayuntamiento) y Morales (Ingeniero) por sus informes favorables a la concesión de la Licencia, si bien razones de sistemática aconsejan la inversión del orden, dado el mayor peso del segundo, el Ingeniero, en esta decisión de la concesión de la citada Licencia, eje de la condena.

1.- Actuación del Ingeniero Municipal D. Andrés Morales en la concesión de la Licencia.

Lo que se reprocha (penalmente) a este otro condenado es haber informado favorablemente, en el expediente, la concesión de la licencia, al haber manifestando que “1. El proyecto de la actividad solicitada contempla las condiciones exigibles por las normativas actuales. 2.- El emplazamiento está de acuerdo con las ordenanzas municipales y cuenta con la preceptiva autorización de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias” (en referencia a la autorización del Director General de Urbanismo del Gobierno Autónomo, de 24 de marzo de 1999), cuando lo adecuado era informar desfavorablemente a la procedencia de la iniciación del trámite del expediente y el proponer la denegación expresa de la licencia por razones de competencia municipal, basadas en el planeamiento urbanístico. De hecho, el Sr. Morales González se había pronunciado en su informe en el sentido de afirmar que el emplazamiento estaba de acuerdo con las ordenanzas municipales, emitiendo así un dictamen acerca de una cuestión esencial sobre la que había de pronunciarse en ese momento inicial, esto es, si era o no procedente el inicio del trámite del expediente o la denegación expresa de la licencia, cuando este segundo supuesto estaba expresamente contemplado en la norma del artículo 161.1 de la Ley autonómica 1/98 e impedía, caso de concurrir, la tramitación del expediente. Igualmente podría haberse anticipado la necesidad de dar curso al trámite de







solicitud de compatibilidad ante el Cabildo, que hubiera adelantado la respuesta negativa a la licencia conforme a la normativa del PIOT de Lanzarote.”

No puedo compartir estos razonamientos de la Sentencia, si bien debo manifestar que mi grado de discordancia respecto a la criminalización de la conducta de este condenado, en esta concreta actuación, es menor que el que expreso respecto al resto de ellos.

De entrada, debe dejarse sentado que el tipo delictivo especial de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP permite, como excepción propia de esta modalidad cualificada de la prevaricación administrativa (art. 404 CP) su comisión por quienes emiten simplemente informes, constituyendo, así, una reacción legislativa a la doctrina restrictiva de tal posibilidad (SSTS 12-2-99 o 23-1-98, que declaran como atípicos los actos administrativos no decisorios), pero debe mantenerse, para atribuir relevancia penal a informes urbanísticos, no sólo el que estos no se ajusten a la (se repite) compleja y variable normativa urbanística, sino que, además, tal desajuste sea grosero, arbitrario, ajeno a toda razonabilidad jurídica y demás expresiones utilizadas (“atropellando el Ordenamiento Jurídico”, expresión de la STS 21-10-02, antes citada) por la jurisprudencia en los pronunciamientos expuestos anteriormente, como se insiste repetidamente a lo largo del presente Voto. Sin embargo, el camino jurídico emprendido por la acusación pública (y a su remolque, la particular y la popular) ha sido la de encuadrar su conducta por la misma vía indicada respecto al Secretario municipal Sr. Bartolomé, si bien entiendo que la línea exculpatoria que defiendo es igualmente eficaz, se use uno u otro mecanismo de imputación.

En este sentido, el reproche de la Sentencia de la que discrepo no valora el grado de desajuste del informe favorable frente a la normativa urbanística (si es que lo había con respecto al proyecto, otra cosa es la obra que “a posteriori” realizó el promotor). Véase que incluso se pronuncia en términos posibilistas (“igualmente podría haberse anticipado la necesidad de dar curso al trámite de solicitud de compatibilidad ante el Cabildo, que habría adelantado la respuesta negativa a la licencia...”) en los que la utilización de verbos en modo gramatical condicional (“podría”, “habría”) implica presunciones de meras expectativas o posibilidades.

Lo que sí que podría reprocharse penalmente al Ingeniero D. Andrés Morales, es que su informe favorable (se habla, recuérdese, no del inicial de 12 de Agosto, de mera tramitación del expediente, sino del posterior de 29 de Mayo del año siguiente) no era ajustado a Derecho porque resultaba contrario a las disposiciones urbanísticas aplicables, siendo precisamente ese el objeto de su informe. Ello conduce al núcleo de la cuestión, que es precisamente el examen de la normativa urbanística en relación con la actividad objeto de solicitud, que era esencialmente una bodega, pero que, acaso (no hay probanza al respecto, como luego se verá) de dimensiones y características que, una vez construida, podrían superar el concepto de “bodega” (la normativa no exige que sea artesanal o tradicional, como luego se verá) para poder calificarse como industria vitivinícola. Pero es necesario indicar -precisión de todo punto relevante- que para ello era necesario que en el Proyecto se contuviera la previsión de la dedicación del antiguo inmueble a rehabilitar, la vivienda, y el almacén para uso o actividad de restauración y de tienda-cafetería para degustación del vino de la bodega. Es relevante indicar, siguiendo la distinción que hace la STS 1-10-16 (precisamente para absolver al funcionario revocando la condena de la Audiencia Provincial) entre licencia de obra y licencia de actividad,





y en este caso lo que se solicitaba no era una licencia de obra, sino la de actividad, con lo que es ésta -y no la obra en sí- el objeto del informe, según la normativa autonómica citada (Ley Territorial Canaria 1/98, de Régimen Jurídico de Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas), es decir, se trata de la licencia que es preciso obtener, previamente, cuando la actividad resulta molesta (por ruidos), insalubre, nociva o peligrosa, por utilización de sustancias o maquinaria, en el caso, ambas mínimas, al tratarse de una bodega, que, aunque sea de dimensiones que excedan de lo tradicional, no resulta ser una actividad especialmente nociva, molesta, peligrosa o insalubre desde el punto de vista común (ya se aludió, en el prefacio del presente Voto, a su casi inocuidad medioambiental), si bien, se repite, legalmente debe obtenerse este tipo de licencia, como acontece con cualquier tipo de actividad de bodega, restauración u hostelería, como una simple cafetería, panadería, heladería, peluquería o actividades similares tan comunes. Por eso, tampoco comparto el hecho de que la Sentencia resalte, en mayúsculas y negrita, el hecho de que la actividad de bodega fuera nociva, insalubre, molesta y/o peligrosa, porque estos calificativos son comunes en todas estas actividades, tan habituales y frecuentes, con lo que resaltarlos con mayúsculas y negrita tiende a presentarlo como algo grave o llamativo, excepcional o atentatorio contra el medio ambiente, o sea, una actividad molesta, nociva, peligrosa o insalubre, en sentido vulgar o común. Por lo demás, la autorización administrativa respecto a ello fue objeto de informe favorable (tras subsanar el solicitante los defectos detectados previamente en dos informes desfavorables) por el Ingeniero del Cabildo, Sr. Spínola, el único técnico absuelto en esta causa, absolución que, por supuesto, comparto.

a) Relevante es, pues, el que la Licencia de Obras ya se le había concedido al solicitante desde el año 1.999, junto con la Licencia de actividad (bodega subterránea y almacén subterráneo, aparte de vivienda a rehabilitar) otorgada por el Gobierno de Canarias y a la que se referirá el próximo apartado, datos que la Sentencia refleja en el inciso inicial del párrafo segundo del primer Hecho Probado y en el inciso final del segundo párrafo del segundo Hecho Probado, si bien, en lugar de valorar este hecho en sentido favorable para el Ingeniero municipal D. Andrés Morales y para el Alcalde inicial D. José Francisco Reyes (que no hizo sino resolver, como mero trámite de simple incoación del expediente, conforme le informó el Secretario) lo hace en sentido inverso para reprochar la conducta de este último, reproche que tampoco comparto. La licencia de obras concedida, para dedicar a Bodega, era un precedente administrativo que claramente operaba en pro de la concesión de la licencia de actividad, pues aunque sean distintas licencias (la de obra y la de actividad) ésta actividad coincidía (bodega). Y esa Licencia no fue impugnada, ni tildada de irregular en sede alguna, por lo que despliega los efectos de acto firme, ni siquiera revocable a través del extraordinario recurso de revisión de los arts. 125 y 126 de la Ley 39/15, al haber expirado todos los plazos legales que lo posibilitan, incluso el extraordinario de 4 años.

b) Relevante -más relevante aún- es el otorgamiento de la Licencia efectuada por la Dirección General de Urbanismo del Gobierno de Canarias, de fecha 24-3-99, órgano competente ex Ley Territorial Canaria 5/87, de Ordenación Urbanística del Suelo Rústico, fundamentada en los arts. 9 y 11 de la citada Ley y que fue concedida previos los informes favorables exigidos por ella. Esta Ley de Suelo Rústico distinguía entre obras conformes con el planeamiento (en cuyo





caso el procedimiento para la concesión de la Licencia era el ordinario) y obras no previstas o disconformes con el mismo (las llamadas obras autorizables) que también cabía autorizar, sólo que con unas exigencias más rígidas (art. 11.2. apartados a-f), concretamente exigiendo informe favorable del propio órgano o por disposición legal en cuanto a la valoración inicial de la utilidad pública o interés social y además, se requería por esta norma la exposición pública del expediente a efectos de oposición de terceros. Además, resulta igualmente importante indicar que esta licencia no sólo tiene su efecto propio (permitir el uso o actividad de bodega subterránea, la rehabilitación de la vivienda y la ampliación subterránea del almacén), sino que va más allá, al integrarse en el planeamiento, ex art. 11.2 de la Ley a cuyo amparo se dictó (Ley 5/87, de Ordenación del Suelo Rústico de Canarias) a cuyo tenor “los Proyectos aprobados en la forma regulada por este artículo integrarán la ordenación urbanística del territorio a que se refieran”.

Tampoco esta Resolución fue objeto de impugnación ni tildada de irregular en sede alguna, por lo que igualmente devino en firme.

c) El núcleo de la cuestión reside en el desajuste entre la actividad y el planeamiento urbanístico. A mi parecer, ese desajuste no existe respecto a la bodega (sí al restaurante, pero éste no estaba previsto en el Proyecto), pero tampoco está suficientemente claro por cuanto su detección tenía que deducirse del examen de los planos, las instalaciones y el equipamiento y, en general, en el Proyecto que acompañaba a la solicitud. A la vista de la realidad fáctica sí que podría deducirse que las dimensiones de la bodega exceden de una bodega para acercarse a una industria vitivinícola (la bodega estaba autorizada por el planeamiento y por la licencia de la Dirección General de Urbanismo, pero la industria vitivinícola está prohibida por el PGOU, como luego se verá con más detalle), pero el momento en el que hay que valorar la actuación del Ingeniero municipal Sr. Morales es aquel en el que se enfrenta a los documentos aportados (se repite: planos, proyectos de instalaciones y equipamiento). A diferencia de lo acontecido respecto a la Alcaldesa y algunos concejales, no consta que el Sr. Morales asistiera al acto de presentación de la bodega y, por tanto, sólo podía examinar si la bodega excedía para poder ser calificada como industria a la vista (se repite) de los planos y proyectos adjuntos a la solicitud de licencia. Por tanto, para declararse, por la sentencia, que informó favorablemente lo que debía informar negativamente, tendría esto que deducirse de tales documentos, y no consta en las actuaciones un examen, pericia o evidencia que muestre que estos planos y proyectos excedían de las dimensiones (más o menos modestas) de una bodega, como la que ya existía allí y cuya rehabilitación (y ampliación de almacén y de la bodega, siempre que se hicieran de forma subterránea), junto a la de la vivienda y almacén contiguo era urbanísticamente lícita por estar doblemente autorizada, tanto por el Gobierno de Canarias como por el propio Ayuntamiento mediante la licencia de obra en su día otorgada. Se debe remarcar, además, que la licencia de actividad solicitada (bodega) coincide con la licencia de obra en su día concedida, licencia de obra que no era objeto de informe por parte del Ingeniero condenado, Sr. Morales. Por tanto, bastan (a mi criterio) estos razonamientos, sustentados en las dudas que surgen sobre las dimensiones e instalaciones de la bodega, en la documentación examinada por él, para señalar que el informe favorable, si pudiera ser contrario al planeamiento, desde luego no era groseramente contrario, sin que tampoco conste el elemento volitivo (dolo directo o eventual) en la elaboración del informe por cuya emisión la Sentencia le condena.





Debe dejarse expresa constancia, a estos efectos exculpativos, de un dato del todo punto relevante: la propia Sentencia condenatoria refleja, en su Fundamento Jurídico Segundo, apartado D.1, párrafo 5º (pág. 50) que el restaurante “incluido en las instalaciones de la Bodega Stratus, no aparecía contemplado en el Proyecto presentado por el Promotor de la Licencia de Actividad..”, afirmación que refuerza la ausencia de responsabilidad del técnico Ingeniero Sr. Morales, puesto que él informa favorablemente la actividad en base al proyecto y planos que le presenta el promotor, y así, el signo favorable del informe se limita a la actividad de bodega, no pudiéndosele reprochar el que el promotor, posteriormente, instalara un restaurante; con construcción de obra nueva o sin ella, obvio es que el Ingeniero no podía presumir ni prever lo que haría en el futuro el solicitante de la licencia de actividad, en especial su uso como restaurante.

d) Igualmente es relevante adelantar, sintéticamente, el argumento que se expondrá en el apartado próximo: la dificultad de apreciación de que el Proyecto presentado fuera ajustado o no al uso permitido. Como se verá, el PIOT no resulta relevante dados sus términos, sino la infracción, de producirse, sería al PGOU y éste permite expresamente el uso para bodega (ni siquiera añade la precisión “tradicional”, “artesanal” u otra similar, sino “bodega” a secas) y lo que prohíbe expresamente es el uso para “industria vitivinícola”. De esta forma, se repite, sería preciso que del examen del Proyecto (planos, instalaciones, etc.) se concluyera técnicamente que se trataba de una industria vitivinícola y no de una bodega, y esta conclusión técnica no se encuentra en la causa, ni por examen de la documentación, ni por pericia o informe alguno, ni consta en la Sentencia declarado así (aunque, de constar, estaría ayuna de probanza). Repárese, a estos efectos que no se trata de concluir que, posteriormente, la bodega (autorizada en el planeamiento) se hubiera podido convertir, por sus dimensiones, instalaciones etc. en una industria, sino si así aparecía en el Proyecto. Lo que posteriormente acaeciera, (como la de uso como restaurante, claramente proscrito por el planeamiento) queda ajeno a la condena que en este apartado concreto se está examinando.

e) Súmese a ello el conjunto de razones, adicionales a las ya expuestas, que abundan en la falta de claridad en la declaración de desajuste entre el ordenamiento urbanístico y la actividad solicitada de bodega, razones que se van a exponer en el próximo apartado C, en relación al siguiente grupo de condenados (Alcaldesa del segundo período y concejales).

## 2.- Actuación del Secretario del Ayuntamiento Sr. D. Vicente Bartolomé.

a) El Secretario, en la sesión de la Comisión de Gobierno, constata y comunica a los asistentes (Alcaldesa y Concejales) que todos los informes solicitados (el del Ingeniero, antes analizado, y los tres informes externos) lo eran “en sentido favorable a la concesión de la licencia en cuanto puso de manifiesto que todos los informes previos eran favorables a la misma” (texto de la Sentencia), cosa que es cierta puesto que efectivamente todos (los cuatro)





eran favorables y propone la aprobación para luego remitirlo al Cabildo. Es preciso indicar que en relación a los informes del Área de Salud Pública, existen dos informes: uno, totalmente favorable (relativo a la inscripción en el Registro General Sanitario) y otro, de sesgo negativo en el que se señala la deficiencia en la infraestructura actual de la red de aguas residuales..que no es suficiente", pero estas posibles deficiencias se superan con el Informe del Consejo Insular de Aguas, (órgano competente al respecto) que autoriza "vertido en fosa séptica y pozo negro" (es decir, la alternativa a una red de alcantarillado) siempre que se garantice la calidad de las aguas mediante analíticas periódicas". De esta manera, se trata de un informe sin sustantividad jurídica, de mera constatación de datos ciertos, y sin que pueda reprochársele que, en el expediente remitido por el Cabildo, figuraran objeciones expuestas por un técnico de tal institución, y ello porque se trata de un informe interno (esta calificación la hace, acertadamente, la Sentencia), informe que forma parte del expediente del Cabildo, el cual concluye con informe favorable, precisamente porque se constata la existencia de la autorización dada para la actividad de bodega concedida por la Dirección General de Urbanismo del Gobierno de Canarias, con lo que -se repite- el informe no es negativo, sino favorable, como claramente expresa su texto, resaltándolo en mayúsculas.

b) Se reprocha al Secretario que no solicitara al Cabildo el informe de compatibilidad con el PIOT, según dispone éste en su apartado 6.1.2.1, pero frente a ello cabe indicar que, en primer lugar -y en la línea posibilista que la Sentencia utiliza para reprochar la conducta de los condenados- también el propio Cabildo, al recibir la solicitud de informe, bien pudo advertirlo al Secretario devolviendo el expediente o, incluso, haber remitido el informe de compatibilidad, pues tan conocedor de la necesidad del informe era el Secretario como los técnicos del Cabildo que recibieron todo el expediente. En todo caso, no se trata de una omisión especialmente grave o (por repetir el término) grosera.

Y, sobre todo, cabe añadir dos datos más: de un lado, que esta objeción de la posible (no clara, como luego se verá) incompatibilidad entre la actividad pretendida de bodega y el PIOT es puesta de manifiesto por el informe interno de la técnica Sra. Amada Fontes y mencionada en el párrafo final del informe favorable, pero lo relevante es que ese informe final del Cabildo lo entiende superado con la mención (antes indicada) de que constaba la autorización de la actividad por la Resolución de la Dirección General de Urbanismo del Gobierno de Canarias de forma que, en realidad, el contenido del informe de compatibilidad está materialmente en el expediente (último párrafo del informe) aunque formalmente no lo esté, al no haberse rotulado como tal. Y, de otro lado, hay otro dato que consta en la Sentencia pero, al que no se presta atención al privarle de valoración y efectos, y es que en el informe del secretario se añade, al final, tras concederse la licencia "que se remita el expediente completo tramitado, al Cabildo Insular de Lanzarote a los efectos procedentes", con lo que dispuso nueva remisión a tal institución, y en el amplio término "a los efectos procedentes" cabe incluir el pronunciamiento del Cabildo sobre la compatibilidad con el PIOT, compatibilidad que, por lo demás, existe como se ha visto y se insistirá.

Por otra parte, la propia jurisprudencia citada en la Sentencia abunda en la línea exculpatoria que aquí se defiende, pues en relación a la nulidad administrativa (cuyo nivel de infracción del ordenamiento es muy inferior a los tipos penales, al no exigirse la grosería en la infracción) la





doctrina indica que “la mera omisión de requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las SSTS núm. 2340/2001 de 10 de Diciembre o núm. 76/2002, de 25 de Enero no se refieren a la omisión de cualquier trámite, sino de los esenciales del procedimiento” (entrecomillado proveniente de la Sentencia de la que discrepo).

c) Además de ello, son aplicables a la situación de este condenado, los argumentos que se van a exponer en relación con la actuación de la Alcaldesa y Concejales, que se exponen seguidamente en el próximo apartado, dedicado a este grupo de condenados.

### III

C).- Condena a la Alcaldesa D<sup>a</sup>. Gladys, ocupante del cargo en la segunda parte de la tramitación del expediente y a los concejales que asistieron a la sesión de Gobierno que concedió la Licencia, Sres. Rodríguez, García y Tavío, todos ellos como autores de delito contra la ordenación del territorio del art. 320.2 CP. (se absuelve de este delito al Alcalde en el primer periodo, Sr. José F. Reyes).

1.- Como primera razón exculpatoria, de peso, y como ya se indicó en el apartado anterior, debe partirse de que se ha concluido con claridad que el informe del técnico es, al menos, dudoso en cuanto al ajuste de la actividad de bodega a la ordenación urbanística territorial y ello basta para negar el carácter grosero de la posible discordancia jurídica, (lo que a su vez excluye el elemento objetivo de la prevaricación). Si eso es así, y se le suma la propuesta del Sr. Secretario proclive a la concesión de la licencia (a la vista de los informes favorables) más clara aún es la situación de la Alcaldesa y los Concejales, que se limitaron a conceder la licencia conforme con la propuesta del Secretario, formulada en base a la conformidad de los informes obrantes en el expediente.

Véase la cantidad de informes favorables: de entrada, los dos anteriores, el del Secretario como jurista especializado en Derecho Administrativo Local, más el del Técnico (el Ingeniero) que avala el ajuste entre la actividad (que no es de la obra, se insiste) y el planeamiento urbanístico. Súmense los Informes de otras instituciones ajenas: el del Consorcio de Aguas de la Isla, que si bien con carácter provisional, concluye de forma favorable, más el de Sanidad (pues los informes inicialmente adversos de la responsable de la inspección sanitaria, son superados porque el informe del Consejo Insular de Aguas -que es el competente- autoriza la sustitución del sistema de evacuación de aguas residuales por el de fosa séptica y pozo negro, que era la objeción formulada por el Informe del Área de Salud, más el informe de éste favorable a la Inscripción en el Registro General Sanitario), más el especialmente relevante, que es el que se refiere a la ordenación urbanística territorial: el del Cabildo de la Isla, (el emitido por Ingeniero Sr. Spínola, acusado y absuelto, absolución que, repito, comparto). En relación a éste, la Sentencia destaca que, en un informe interno del Cabildo figura la objeción a





la que antes se hizo referencia (incompatibilidad entre la actividad y el uso previsto en el PIOT) pero, aparte de que esto es más que discutible, -como luego se verá- lo cierto es que la conclusión del informe es FAVORABLE (en mayúsculas, como se ha dicho, en el original, lo que -aquí sí- conviene resaltar), y esta conclusión favorable se motiva, (art. 54.1 de la Ley 30/92, entonces aplicable, hoy art. 35 de la Ley 39/15 ) en ese mismo informe indicando que consta autorización para bodega en la Resolución de la Dirección General de Urbanismo del Gobierno de Canarias.

Por tanto, mi discrepancia de la conclusión de mis compañeras es aquí del más alto grado, pues sostengo que no sólo no hay prevaricación, sino que lo que hubiera sido indiciariamente prevaricador hubiera sido lo contrario: denegar la Licencia, es decir, que la Alcaldesa y los Concejales hubieran hecho lo que la Sentencia parece sugerir (porque es la única alternativa a su razonamiento condenatorio): resolver en contra de los informes. Nada cambia que la Sentencia haya encajado la conducta delictiva en el tipo penal del art. 320.2 CP, como delito contra la Ordenación del Territorio en vez de la prevaricación del art. 404 CP, porque los razonamientos que presento, opuestos a la condena, son igualmente aplicables a este tipo delictivo del art. 320 CP, que comparte con la prevaricación la actuación del sujeto contraria (groseramente contraria) al ordenamiento urbanístico o medioambiental.

No cabe descartar (como se indicó en el prefacio del presente Voto, Fundamento Jurídico Primero) que un órgano resolutorio se pueda apartar de los informes obrantes en el expediente, pero ello sólo resulta -a mi criterio- admisible mediando una exhaustiva motivación justificativa de tal brusco apartamiento y ello, además, suponiendo que el desajuste entre la actividad y el planeamiento fuera patente y/o que la documentación técnica fuera ostensiblemente fácil de examinar (planos, proyectos, datos técnicos, etc.), lo que requiere no sólo amplios conocimientos técnicos (los de Ingeniería y Arquitectura) y jurídicos (Derecho Urbanístico), sino además, dedicación y tiempo para estudiar y poder contradecir todos los informes de los cinco órganos que informan (tres de ellos muy especializados, ajenos a la Administración Municipal). Lo contrario, me permito insistir, sí que acercaría la conducta a la prevaricación: resolver contra cinco informes favorables.

De esta manera, (insistiendo en lo antes expresado) lo que se deduce de la Sentencia es algo difícil de exigir en la actuación administrativa: el que Alcaldesa y Concejales estudien los aspectos técnicos del expediente (planos, Proyecto, instalaciones, etc.), además, que analicen a fondo los aspectos jurídicos y jurídico-urbanísticos, y, tras ello, oponerse a los informes, motivando la resolución contraria a todos y cada uno de ellos, para, así, denegar la Licencia. Por mucho que dos de los integrantes de la Corporación asistentes a la sesión (Alcaldesa y un Concejal) fueran Licenciados en Derecho, el reproche a su actuación (y más el reproche penal) me parece insostenible y eso suponiendo el desacierto que los informes pudieran presentar al pronunciarse sobre la regularidad territorial o urbanística, cosa que no parece clara como luego se verá.

2.- Como argumento débil, pero admisible en la línea exoneratoria de estos delitos cuando quepa una interpretación defendible en Derecho, desde una posición teórico-doctrinal rígidamente apegada a la dogmática positivista, incluso cabría defender que la concesión de la licencia procedía por la simple operatividad de la institución (típicamente administrativa) del silencio administrativo, regulada (en la época de los hechos) por los arts. 42 y 43 de la Ley 30/92 antes citada (LRJAP y PAC, derogada hoy por la Ley 39/15, que establece, en sus arts.





20 y ss., una regulación más amplia en esta materia y desde luego, que excluye esta radical postura, al incluir afectación al medio ambiente a efectos negativos del silencio). Desde esta extrema posición dogmático-jurídica, esta normativa estatal general podría imponer el otorgamiento, por mor de tal silencio administrativo positivo, de las solicitudes que no sean contestadas en el plazo máximo que prevea la Ley en cada tipo de procedimiento (con un máximo de seis meses salvo que norma de rango legal o europea lo amplíe, lo que no es el caso) y, en caso de no establecerlo, el plazo es de tres meses. Ni siquiera hace falta acudir a la norma específica reguladora de este procedimiento en cuanto al plazo del silencio (si es que esa norma existiera) porque en todo caso, el plazo que transcurrió fue de tres años y medio, con lo que, atendiendo exclusivamente al texto legal estatal, el plazo de resolución de toda solicitud del silencio no puede exceder de seis meses, salvo que norma de rango formal de Ley o de Derecho Europeo lo indique y, en caso de no preverse norma específica reguladora del plazo máximo de resolución (y, por ende, de operatividad del silencio, ex arts. 42 y 43 de tal Ley) el plazo es de tres meses; por tanto, atendiendo estrictamente a la regulación legal y -se repite- desde una extrema posición dogmática iuspositivista, no es irrazonable o indefendible afirmar que la licencia pudo haber sido concedida por silencio administrativo positivo. Ciertamente es que el art. 242.6 de la Ley Territorial Canaria citada y el art. 219 de su reglamento, aprobado por Decreto 183/04 entonces vigentes (régimen de silencio hoy regulado por los arts. 344 y 345 de la nueva Ley Territorial Canaria 4/17, del Suelo), establecían la imposibilidad de obtención, por silencio administrativo positivo, de licencias urbanísticas contrarias al planeamiento, pero frente a ello cabe argumentar, de un lado, que el panorama legislativo y jurisprudencial en esta materia ofrece serias dudas para fijar esta conclusión, pues es tan accidentado (por las tachas de inconstitucionalidad impuestas por las SSTCo. 61/97 y 164/01, a raíz de la interposición de sendos recursos de inconstitucionalidad contra dos de las Leyes estatales), que han motivado seis reformas de la Ley estatal, dados los confusos lindes que se derivan de la confrontación entre los arts. 149.1.18 y 149.1.23 frente al 148.1.3 de la Constitución), por lo que tampoco es indefendible oponer la incompetencia del legislador autonómico para la regulación del silencio administrativo en esta materia urbanística. Ciertamente es también que la doctrina jurisprudencial que glosa los citados preceptos generales ha sido altamente restrictiva negando la tan generosa expansión de efectos del silencio administrativo positivo, de forma que ha ampliado la inoperatividad del efecto positivo del silencio administrativo más allá de las excepciones legales, extendiéndola genéricamente a los supuestos impliquen contravención del Ordenamiento Jurídico y en particular, contravención del Ordenamiento Jurídico Urbanístico (STS, III, de 13-1-99, entre tantas), o que puedan dañar el medio ambiente (nueva excepción, como se dijo, introducida por la regulación de la nueva Ley 39/15), pero, tiempo de los hechos, la jurisprudencia requería que la adquisición de derechos, como consecuencia del silencio administrativo positivo, lo fuera de forma ostensiblemente ilegal (STS, III, 22-10-81) o que se adquirieran derechos careciendo de los requisitos imprescindibles y con afectación de derechos individualizados de terceros (STS, III, 7-10-14). Con estas limitaciones jurisprudenciales, tampoco es del todo punto irrazonable defender la postura adversa, teniendo en cuenta que el texto de las normas citadas es claro (interpretación literal, aquí diáfana, ex art. 3.1 del Código Civil y STS, I, de 26-2-90) al imponer el efecto positivo al silencio con las solas excepciones que la propia Ley concreta y específica (norma de rango de Ley o de Derecho Europeo que expresamente lo disponga, responsabilidad patrimonial, derecho de petición,







adquisición de facultades de dominio o servicio público, e impugnación de actos y disposiciones) entre las cuales no se encuentra, en absoluto, el caso de autos (licencia administrativa de actividad, incluso prescindiendo de que ya existía licencia de obra concedida), y, para concluir el razonamiento (que en absoluto comparto, pero que no es del todo irrazonable defender) en pro de la concesión de la licencia vía silencio, debe relacionarse esta postura con la propia disposición legal reguladora del valor de la jurisprudencia (el art. 1.6 del Código Civil, con valor de norma legal informadora de todo el Ordenamiento Jurídico, como es indiscutible respecto a su Título Preliminar), pues no puede olvidarse que, aunque esa consolidada doctrina jurisprudencial pueda valorarse positivamente por los perniciosos y graves efectos de la regulación legal (que implicaría un aluvión de situaciones contrarias a Derecho, con afectación al interés público y a terceros), lo cierto es que esa doctrina jurisprudencial deja vacío de contenido el silencio administrativo positivo, en el sentido de que excluye la adquisición de efectos adversos a la normativa administrativa, cuando la letra de la Ley estatal (la anterior 30/92 y la vigente 39/15) sólo excluye, “numerus clausus”, a los supuestos antes expresados, que sólo encajarían en el presente caso, atendiendo sólo a lo dispuesto en la Ley actual (arts. 20 y ss. de la 39/15) si se estimara que habría afectación al medio ambiente, afectación entonces no operaba (fue introducida por la Ley 39/15). Desde luego que este razonamiento es débil porque supone discutir la línea jurisprudencial, nítida -o más bien unánime- negatoria del silencio administrativo positivo en esta materia, pero, se repite, no puede afirmarse que sea indefendible desde una radical posición doctrinal o dogmática iuspositivista pura, negatoria del valor normativo de la jurisprudencia y negatoria de la competencia autonómica para regular los efectos del silencio administrativo en materia urbanística.

3.- El segundo argumento, de los que califico de peso, (despejando el del anterior apartado) parte del hecho relevante, que, como elemento objetivo del tipo de prevaricación, se erige en el nudo de la declaración de condena al grupo de condenados al que se refiere este apartado del ajuste de la licencia de actividad de la Bodega “Stratus” al ordenamiento urbanístico, es igualmente aplicable a la condena al Ingeniero municipal D. Andrés (y, por derivación, al Secretario D. Vicente), por lo que ha lugar a abordar esta relevante cuestión, ampliando los argumentos ya expuestos en pro de la absolución del Ingeniero municipal D. Andrés Morales.

Adelanto que, conforme se expuso en el prefacio del presente Voto, basta constatar la complejidad y extrema dificultad técnico-jurídica de la cuestión, para que, en principio, la decisión judicial penal tienda a inclinarse a la absolución.

La Sentencia afirma, con la rotundidad necesaria para imponer la condena, que el acto administrativo (la concesión de la Licencia municipal de actividad) es frontalmente contraria al ordenamiento territorial o al urbanístico (concretamente al Plan Insular de Ordenación Territorial o PIOT y al Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento o PGOU), afirmación necesaria para la condena, porque esa ilegalidad o, más bien, desajuste (estos instrumentos normativos territoriales y urbanísticos tienen ínfimo rango reglamentario y su complejidad, variabilidad e inseguridad aconsejan huir de su equiparación a ley siquiera sea en sentido lato) es, precisamente, el elemento objetivo del tipo legal cuya comisión se declara.





De entrada, y por coherencia con los razonamientos del presente Voto y conforme ya se adelantó en los precedentes fundamentos, no puedo afirmar con la misma rotundidad lo contrario (que la actividad se ajuste al planeamiento), pero ello no es necesario, porque, como se ha reiterado tanto en la Sentencia como en esta exposición del Voto Particular, la prevaricación (ora la general del art. 404, ora la especial modalidad urbanística y su variante de agresión al medio ambiente de los apartados 1º y 2º del art. 320 del CP ) requiere que el acto administrativo no sólo sea ilegal, sino que (como se insiste machaconamente) sea groseramente ilegal, con lo que basta razonar la inexistencia de esta grosería (ausencia de razonabilidad, atropello al Ordenamiento Jurídico y demás expresiones ya reiteradas) para que no puedan colmarse estos tipos delictivos, al quebrar el elemento objetivo que los integra, por remisión a normas situadas extramuros del Derecho Penal, situación propia de los tipos penales en blanco. Pero aún más, es que ni siquiera puede -a mi criterio- afirmarse la existencia de ilegalidad urbanística, pues, según el análisis que se abordará seguidamente, resulta dudoso el encaje de la Licencia en el planeamiento urbanístico, con lo que no puede afirmarse, en este caso -y a mi particular criterio- ni que el acto se ajusta al citado Ordenamiento ni tampoco que no se ajusta, aunque a mi parecer más se acerca a la legalidad que a la ilegalidad. Se exponen las razones:

a) En primer lugar, se repite el argumento utilizado en pro de la absolucón del Ingeniero D. Andrés: la bodega ya contaba con Licencia de Obras cuya legalidad no está en discusión, y en ella -dato relevante- se indicaba la actividad de bodega y además, la antes citada Resolución de la Dirección General de Urbanismo que autorizaba expresamente la bodega subterránea y el almacén igualmente subterráneo. Esa licencia (y la de la Dirección General a la que luego se aludirá otra vez) son lo que en términos administrativistas se conoce como “actos firmes y consentidos” cuya validez y eficacia no pueden ser discutidas y se erigen en base suficiente para que el Ingeniero informara favorablemente. Ciertamente es que lo que se achaca al titular dominical es el exceso construido (se ignora si inicialmente o por reforma posterior) y, particularmente el uso de restaurante, es decir, que las dimensiones y las características de la Bodega podrían exceder de lo permitido, además de que no sólo se rehabilitó la vivienda y el almacén, sino que o bien se aprovechó para instalar en lo que había sido vivienda un establecimiento de hostelería (de pequeñas dimensiones, para degustar el vino con acompañamiento de alimentos sólidos) o se realizó de nueva obra, y más una especie de bazar o tienda (también de pequeñas dimensiones, fundamentalmente para vender el vino). Tales excesos parecen probados, pero lo son cuando se practica la inspección en el año 2.013, y -dato clave- no aparecen en el Proyecto que es presentado al Ingeniero para que informe, informe que es el tildado de irregular en esta causa.

b) Pero, es que, además, ello no implica que la Licencia concedida fuera -repito una vez más- groseramente contraria a Derecho, porque lo que hizo el solicitante es excederse en la licencia concedida, en el uso de restaurante (exceso claro pues ese uso no está permitido por la ordenación urbanística ni territorial, ni disponía de licencia) y, eventualmente, en las características de la bodega (este segundo exceso sólo en el caso de que pudiera calificarse de industria vitivinícola, recuérdese que el uso de bodega estaba permitido no sólo por la autorización del Gobierno de Canarias sino por la propia planificación urbanística) dando





mayores dimensiones a la bodega o instalaciones que pudieran evidenciar tal cambio, excesos, por lo demás, frecuentes en la práctica, especialmente el primero, como es notorio. Es decir, lo que hizo el promotor fue ampliar tanto la bodega autorizada como la también autorizada rehabilitación de los inmuebles que había sido, uno vivienda y el otro, almacén (en el que se autorizaba en la Resolución antes descrita, ampliación, pero subterránea, de la bodega y del almacén), para destinarlo a restaurante y pequeña tienda. No hay, pues, carencia de título urbanístico para esa actividad, sino en todo caso exceso en el uso o actividad, particularmente en el uso de restaurante. Tal exceso sólo podría haberse detectado en la tramitación de esta Licencia de Actividad si la documentación técnica lo hubiera mostrado (planos, proyectos de instalaciones eléctricas, de suministro/evacuación de aguas, etc.) lo que precisa de una preparación y práctica técnica que, como se ha dicho, no cabe exigir a la Alcaldesa y Concejales, además de que no consta que de tal documentación técnica se deduzcan tales desajustes entre actividad y obras/instalaciones, como se vio con ocasión de examinar la conducta del Ingeniero Sr. Morales. Es más, consta (en la propia Sentencia) lo contrario: que las instalaciones del restaurante no estaban previstas en el Proyecto, como se verá luego.

Otra cosa es que, como es frecuente en la práctica, se realicen modificaciones en la ejecución de la obra o posteriormente, vía reformas, que vulneren el Proyecto y/o amplíen las instalaciones previstas, o se dedique a una actividad que exceda de la autorizada (lo que se acreditó más tarde cuando se hizo la inspección, en fecha posterior a la concesión de la Licencia que aquí se examina), pero esa situación -se repite- resulta enjuiciable “a posteriori” y no en relación con la concesión de la Licencia. En el presente caso, este examen así se hará, al final del presente Voto, pues dos de los condenados lo son, además -y con mi oposición- precisamente por esta actuación pretendidamente omisiva, al no velar por el cumplimiento de las condiciones de construcción y actividad concedidas en cuanto a la no ejecución efectiva de las medidas adoptadas en determinado momento por el Sr. Rodríguez, Concejel de Urbanismo.

c) En tercer lugar, consta la tan repetida (porque es uno de los elementos clave del enjuiciamiento de la causa) autorización del Gobierno de Canarias, concretamente de la Dirección General de Urbanismo, competente al efecto, no sólo para la construcción a la que se refiere el párrafo anterior sino que en tal autorización administrativa constaba que la licencia se otorgaba claramente para “Bodega”. Fue esta Resolución la que dio lugar a que el Cabildo, en su informe “FAVORABLE” (en mayúsculas en la conclusión del informe, se insiste otra vez), superara la objeción manifestada en el informe interno de esa institución, de la técnico Sra. Fontes. Ya se razonó antes que esta Resolución tiene los efectos legales de firmeza, ejecutoriedad y ejecutividad (en estos términos se pronuncia el arts. 56 y 94 de la Ley 30/92 entonces vigente, y se reproducen en la actual Ley 39/15) de esa Resolución y además, cabe añadir que las limitaciones que imponía la Resolución (la bodega y la ampliación del almacén tendrían que ser subterráneas) lo son del todo punto lógicas porque el valor a proteger es el paisajístico, como es notorio en la zona de la Geria.

Por esto expreso mi frontal discrepancia con la afirmación contenida en la Sentencia (párrafo final del apartado C del Fundamento Jurídico) según la cual “...además de que el informe del





Cabildo sobre el emplazamiento era desfavorable”, porque, al contrario, era favorable. Es más, si se reproduce con toda exactitud, incluyendo la tipografía, es “FAVORABLE”.

d) Consta igualmente en la Sentencia la concesión de licencia de obras en su día otorgada por el Ayuntamiento, que incluía no sólo la obra de bodega y rehabilitación de la vivienda, sino la rehabilitación del almacén anejo (acaso el que el promotor convirtió en restaurante, pues no hay constancia técnica de que éste fuera de obra nueva), lo cual constituye un antecedente que opera en pro del ajuste de la licencia de actividad al ordenamiento urbanístico. Ya se ha hecho anteriormente el análisis de la eficacia de este acto administrativo.

e) Además, con respecto al ajuste de la Licencia al Ordenamiento Urbanístico posterior, consta el sólido y amplio informe pericial prestado por persona ajena al entorno administrativo y geográfico de la causa penal y de toda solvencia (Profesora Doctora, Catedrática de Derecho Administrativo) que ya expresó, con abundante motivación, sus dudas acerca del desajuste, y éstas iban más allá de la incidencia de un nuevo planeamiento urbanístico surgido como consecuencia de la aprobación inicial del Plan Especial del Paisaje Protegido de La Geria, (aplicable territorialmente, en eso no hay duda, a la zona en al que se enclava la bodega) dudas confirmadas en la declaración pericial prestada en el acto del plenario, desajuste que la Sentencia da por existente en función de las fechas de aprobación inicial por la COTMAC (el órgano de ámbito autonómico, dependiente del Gobierno de Canaria, entonces competente para la aprobación de instrumentos urbanísticos, al que ya se hizo referencia), posterior a la concesión de la misma y que luego resultó anulado por Sentencia de este Tribunal (Sala de lo Contencioso-Administrativo) datada el 14 de Marzo de 2.012.

f) Súmese el hecho de que no hay contravención al Planeamiento Urbanístico (Territorial, en sentido estricto) del PIOT, frente a lo que indica la Sentencia, sino, en todo caso (y sólo partiendo que la actividad de bodega fuera industrial) al PGOU, como instrumento de ordenación urbanístico

En efecto, el PIOT de Lanzarote no resulta vulnerado dados los términos ambiguos y generales con los que se pronuncia respecto a la zona de La Geria en la que se ubica la bodega. Tales términos solo afectan a la bodega citada en cuanto proscriben obras “de construcción de edificios” o que conlleven “movimientos de tierras” (apartado 4.2.2.6), proscripción que tampoco es absoluta, al admitir que se hagan previo estudio de impacto ambiental y como la autorización en su día otorgada por la Dirección General de Urbanismo (entonces competente ex Ley Territorial Canaria 5/87, de Ordenación de Suelo Rústico) del Gobierno de Canarias permitía bodega subterránea y ampliación subterránea, del almacén (que, de por sí, implica movimiento de tierras) puede colegirse que este instrumento de Planeamiento Urbanístico no resulta frontalmente vulnerado. Y recuérdese que la licencia solicitada es de actividad, no de obra.

No resulta ocioso añadir una cuestión altamente técnica desde la perspectiva de la normativa urbanística operando los principios de jerarquía normativa (art. 9.1 de la Constitución) y sucesión de normas en el tiempo (art. 3 del Código Civil): la discutibilidad del propio PIOT (de 9-4-91) en cuanto a su eficacia como instrumento de ordenación de los recursos naturales, ya





que no se produjo su adaptación partir de la entrada en vigor de la segunda Ley de Espacios Naturales de 19-12-94 (Disposición Final 1ª), ni tampoco se adaptó al Texto Refundido 1/00, de las dos Leyes urbanísticas canarias, de lo que resulta su carencia de eficacia para regular una zona calificada como “Paisaje Protegido”, como es la zona de La Geria, en la que se ubica la bodega.

Es aún más relevante indicar que el citado PIOT tampoco impone de manera taxativa o excluyente el uso recreativo, como reiteradamente da por hecho la Sentencia, sino que sólo declara tal uso como “compatible”, término que no implica exclusión de otros usos. Su texto es nítido: “C) Directrices indicativas. Se considera compatible el uso recreativo de estos paisajes por lo que se recomienda propiciar accesos escénicos o miradores”, términos que, aparte de ser meras “Directrices”, distan de ser imperativos o prohibitivos, y no excluyen otros usos.

En todo caso, la contravención sólo lo sería frente al otro instrumento de planeamiento (este urbanístico, no territorial), el PGOU del municipio, que sí prohíbe en la zona “las industrias de cualquier tipo, incluso las vitivinícolas”, pero aún así, incluso ello sería discutible en el presente caso porque el propio texto indica a continuación que “no serán industrias a estos efectos los lagares y bodegas” (relevante: no añade “tradicionales” o “artesanales” o “centenarias”, además de que allí sí había una bodega de estas características, que el promotor, con el proyecto presentado, pretendía modernizar). Por tanto, para declarar la contravención, no sólo habría que calificar a la bodega “Stratus” como industria vitivinícola, sino que de la documentación, planos o proyectos presentados se desprendera que lo pretendía ser, es decir, que por las dimensiones e instalaciones previstas excedieran de lo que el PGOU autoriza (“bodega”, a secas) para pasar a ser la “industria vitivinícola” que sí está proscrita. Para declarar tal exceso sería preciso, pues, o bien deducirlo de los planos, proyectos y memorias aportados con al solicitud (cosa que no consta, como se indicó con ocasión del examen de la actuación del Ingeniero municipal D. Andrés e incluso consta que no se preveía la instalación o construcción de restaurante alguno) o bien tras una visita o inspección posterior, (que no se hizo hasta que el Juzgado de Instrucción requirió a las autoridades municipales y entonces el Ayuntamiento actuó en los términos que se verán luego) pues lo que se reprocha penalmente no es lo que luego modificó o construyó el promotor, sino lo que figuraba en el Proyecto presentado a informe y sin que, a efectos de la condena a los citados Sres. Secretario del Ayuntamiento e Ingeniero municipal tenga relevancia la asistencia de la Alcaldesa y Concejales al acto de apertura o inauguración de la bodega, puesto que no consta que ellos dos (Secretario e Ingeniero) asistieran.

En absoluto puedo compartir la afirmación de la Sentencia (Fundamento Jurídico II.C, pág. 48, ultimo párrafo, inciso final) que expresa textualmente “la Sra. Alcaldesa y los tres Concejales ...pudieron ver, no sólo los informes municipales sino también el propio informe del Cabildo y las advertencias que en el mismo se consignaban respecto a que el emplazamiento no era apto para la actividad y el uso no estaba permitido en el planteamiento insular y podían haber interesado las explicaciones pertinentes a los técnicos”. Motivo mi discrepancia no sólo en los términos posibilistas en los que se formula, sino porque no habían “advertencias” sino una sola mención y en el mismo informe del Cabildo se superaba esa alusión a la contravención al PIOT mediante la justificación de la autorización de la actividad de bodega efectuada por la Dirección General de Urbanismo del Gobierno de Canarias, motivo por lo que el informe concluía como “favorable”. Reitero, además, todo lo razonado al inicio de este apartado en





relación a la desorbitada exigencia a la Alcaldesa y Concejales al imponerles una actividad, no sólo de examen y estudio exhaustivo de los expedientes (incluyendo planos e instalaciones técnicas), sino de control jurídico y técnico del contenido de los informes, incluyendo conocimientos jurídicos especializados en Urbanismo y, además, confrontarlos con lo que observaron en el acto de inauguración de la bodega.

4.- Por último, en relación con elemento subjetivo del delito, es preciso evidenciar la concurrencia del conocimiento del hecho (componente cognoscitivo del dolo, que es elemento objetivo de este tipo delictivo) no puede -a mi juicio- afirmarse (frente a lo que indica la Sentencia) que la sola asistencia presencial de la Alcaldesa y algunos concejales en el acto de inauguración de la bodega les permitieran percatarse del carácter industrial de la misma (si es que la tiene), pues ni consta que efectuaran visita detallada a las instalaciones interiores de la bodega (sólo la asistencia al cóctel y al acto, con multitud de invitados) careciendo además de conocimientos técnicos precisos para valorar la dimensión industrial de la misma en comparación con las bodegas, máxime cuando la modernización de la bodega con instalaciones técnicas actuales no implica su carácter industrial, pues -obviamente- la normativa técnica y sanitaria actual resulta incompatible con las características de bodegas artesanales.

Pese a la alusión a la doctrina del “mantra” repetida en la Sentencia de la que discrepo, el comportamiento de los condenados en la presente causa no encaja en la doctrina jurisprudencial aplicable, tanto referida a las Sentencias de condena como a las de absolución. Así, entre las primeras, la STS 31-3-04, condenó al Alcalde porque existía advertencia de ilegalidad, la de 26-6-03, porque la ilegalidad había sido informada por el Secretario y el Arquitecto, la STS 22-5-01, porque constaba la advertencia del Secretario. Entre las segundas, la STS 3-12-01 absuelve porque constaban tres informes favorables (aquí, en la presente causa, hay cinco), la de 6-10-95 porque la Resolución se hizo con el asesoramiento del Secretario, por no aludir a casos en los que incluso no obran informes favorables sino desconocimiento por parte de la autoridad que dictó el acto irregular (SSTS 20-3-00 o 3-5-00). En el presente caso, se repite, hay cinco informes favorables, tres de Administraciones Públicas externas y dos del propio Ayuntamiento, y ninguno desfavorable.

Por tanto, no se puede -a mi particular criterio- concluir con rotundidad (con la rotundidad imprescindible para condenar por prevaricación) que la licencia de actividad concedida sea contraria al ordenamiento territorial o urbanístico (más bien cabe afirmar, con las reservas expresadas en el prefacio de este Voto, que sí se ajustaba al planeamiento, y si ello no se puede siquiera afirmar con el grado de seguridad necesario, menos aún cabría calificarla como grosera, arbitraria, carente de todo soporte o de interpretación jurídica razonable y demás expresiones (“atropello al ordenamiento jurídico”) a las que reiteradamente me he referido recogiendo las expresiones de la doctrina jurisprudencial (añádale la STS 26-6-01), y menos aún aprecio concurrencia de los elementos del dolo (conciencia y voluntad) imprescindibles para sustentar la condena, por lo que creo que no pueden ser condenados los citados acusados por el delito del art. 320.1 CP.





D).- Condena a la Alcaldesa del segundo período, D<sup>a</sup>, Gladys Martín y al Concejal Delegado de Urbanismo, D. José A. Rodríguez, por prevaricación (en comisión por omisión) del art. 404 CP, por su pasividad en la corrección de las anomalías urbanísticas de la bodega.

1.- Resumiendo el panorama fáctico que soporta esta última condena, cabe indicar que lo que aconteció fue que la sociedad mercantil titular de las Licencias (la antigua, de Obra y la aquí objeto de enjuiciamiento, la de Actividad) se excedió en un aspecto y puede que se excediera en un segundo:

Este segundo, respecto a la Licencia de obra, (otorgada respecto a la bodega), consistió en construir o ampliar la bodega, sin ajustarse exactamente a la Licencia de Obras concedida en su día y en excederse en cuanto a las dimensiones de la bodega autorizada como subterránea y en las del Almacén, igualmente autorizado como subterráneo en su ampliación, sino especialmente, sin solicitar una nueva como procedía, de haber mayor superficie en la propia bodega, y aprovechando la rehabilitación de la vivienda antigua y del antiguo almacén, para ampliarla. Esta situación sale a la luz tras la inspección efectuada por el Ayuntamiento en el año 2.013, tras la iniciativa del Juzgado de Instrucción.

El otro, claramente irregular, respecto a la de Licencia de Actividad (otorgada sólo para la actividad de bodega tradicional), consistió en dedicar parte de las instalaciones a restaurante y tienda-cafetería, para degustar y adquirir vino de la bodega.

La Sentencia condena por la actitud pretendidamente pasiva de ambos cargos públicos, si bien sólo en una fase concreta del procedimiento, la de ejecución de la medida cautelar de cierre provisional de la bodega y la tienda anexa, ordenada por el segundo de ellos, el Concejal, mediante sendos Decretos datados el 11-10-13.

2.- Algunas precisiones previas han de realizarse en relación a la situación general de la Bodega y a la actuación de los cargos públicos aquí condenados (la Alcaldesa en el segundo período y el Concejal de Urbanismo).

Como antes se vio, no puede afirmarse, con la seguridad suficiente en este ámbito penal, que ambos excesos constituyan una infracción jurídica urbanística (y en todo caso, no sería grosera), contraviniendo el PGOU (no el PIOT) y las Licencias otorgadas y sin solicitar nuevas Licencias, aunque difícilmente, a la vista de la actividad luego constatada, le hubieran sido otorgadas dada la limitación urbanística en la construcción y las restricciones de uso de la zona en la que se ubicaban (hoy es más probable, a la vista de la nueva regulación, más permisiva, de la Ley Canaria 4/17 ya aludida), pero este exceso (que no ausencia de Licencias iniciales) es (lamentablemente, desde luego) habitual y común. No hace falta estar profesionalmente familiarizado con la actuación jurisdiccional contencioso-administrativa para constatar la frecuencia y habitualidad de estas conductas infractoras, bastando, no ya la consulta a cualquier base de datos judicial, sino ya el mero conocimiento común de tales situaciones, frecuentísimas tanto en el ámbito rural como en el urbano. Es más, es que es igualmente habitual la realización de obras y actividades sin licencia alguna, también en áreas





urbanísticamente calificadas de especial protección (Espacios Naturales Protegidos en sus diversas categorías, como el de La Geria, zona de viñedos, en el que se ubica la bodega) o en zonas de especial protección ambiental o ecológica (basta observar la costa de cualquier isla, con invasión de construcciones particulares, la mayoría de estética pésima, en plena zona de dominio publico marítimo-terrestre). Tal lamentable situación no implica, desde luego, bendecir la inactividad de las Administraciones competentes, sino simplemente, constatar que, no mediando denuncia, comunicación o informes que lleguen a la Administración competente (aquí, el Ayuntamiento ni siquiera es el único competente, existiendo un Organismo Autónomo específico para la represión de las infracciones administrativas, al que luego se hará mayor referencia, la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural, conocida por su acrónimo APMUN) no puede criminalizarse un caso frente a la impunidad del resto, al que ni siquiera se aplica la normativa represiva administrativa. Y ello se razona aquí en base a una argumentación jurídica: el grado de la contravención urbanística en relación con la grosería de la actuación administrativa a la que la jurisprudencia (STS de 15-5-04, entre tantas otras citadas) anuda la criminalización de la conducta infractora del ordenamiento jurídico general (la prevaricación general del art. 404 CP, que es el tipo aquí aplicado para condenarles y encima por la forzada vía de la comisión por omisión) o el urbanístico-ambiental (los tipos penales específicos del art. 320 CP).

Y aquí ni siquiera se ha acusado penalmente por los delitos de prevaricación o contra el medio ambiente al titular de la actividad (sólo se le ha acusado de delito de trafico de influencias ex arts. 429 y 320.2 CP, del que ha resultado absuelto y con cuya absolución muestro mi total conformidad), titular que, según la Sentencia, resulta ser el infractor de la normativa, y ni siquiera a aquellos sobre los que gravita, en primer término, la obligación específica de vigilar estas situaciones presuntamente infractoras del ordenamiento jurídico (los técnicos y los empleados públicos cuyas funciones específicas son la de vigilancia, entre los que se incluye a la Policía Municipal e incluso a la Policía Judicial que en el ámbito rural que corresponde al municipio es la Guardia Civil. al efecto puede recordarse que el art. 282 LECr. impone a la Policía Judicial la “obligación de averiguar los delitos públicos que se cometan en su territorio”), mal puede acusarse al último escalón del mecanismo represivo (los responsables políticos, que sólo actúan después) como se ha hecho en este caso (han sido acusados, se repite), como si tuvieran la obligación jurídica de vigilar y controlar la actividad de los particulares en cuanto a su exceso a ausencia de licencias urbanísticas o de actividad, afecten o no a lugares de especial protección ambiental. Debe dejarse sentado que lo anterior no implica, en absoluto, que se defienda en este Voto la existencia de responsabilidad penal del promotor Sr. Rosa ni de los funcionarios encargados de velar por el cumplimiento de la ordenación urbanística o medioambiental, sino que se trata sólo de reflejar el contraste que supone criminalizar la conducta pasiva de los aquí acusados, frente a la total ausencia de exigencia de responsabilidad de tantos otros.

Naturalmente que ello no implica que tales situaciones no deban ser objeto de represión y control, pero, de un lado, los mecanismos idóneos y específicos son de naturaleza represiva administrativa, en cuyo ámbito existen varias y enérgicas herramientas, entre las cuales destaca, de entrada y como medida inmediata, el precinto (art. 176 del citado TR 1/00 de la legislación autonómica entonces en vigor), a más del derribo para la restauración de la situación material alterada y cuantiosas sanciones pecuniarias; de otro lado, la ausencia de







estas medidas, la pasividad o inacción de los responsables políticos sólo puede ser objeto de criminalización en supuestos en los que esa inacción o inactividad se produce frente a denuncias, informes o cualquier otra forma de puesta en conocimiento de esa autoridad u órgano político, y cuando, en lugar de cumplir con su obligación de incoar los correspondientes procedimientos, muestre claramente una actitud notoria y abusivamente pasiva o hasta obstruccionista, y, además, se constate la pasividad de forma reiterada. En este caso sí que resulta posible la criminalización de la conducta omisiva a través del mecanismo punitivo penal de la comisión por omisión.

Es este el caso de las SSTs de 19-10-06 y de 2-4-15 en las que los responsables políticos del Ayuntamiento desoyeron las reiteradas denuncias e informes durante varios años, mostrando así algo más que una pasividad (evidenciaba un obstruccionismo) que sí encaja en la comisión por omisión de este tipo de delitos en blanco, habiéndose condenado a esas autoridades públicas por prevaricación.

El caso presente es completamente distinto: los condenados no reciben, ninguna denuncia, informe, comunicación o puesta en conocimiento alguno del exceso que la Bodega podía tener en edificación y, especialmente, en el uso o actividad de restaurante. Y cuando lo reciben, desde el Juzgado de Instrucción, actúan conforme a Derecho: reaccionan rápidamente realizando los actos que se describen en el ordinal 14º del relato fáctico y, en resumen, acaban ordenando (entre otras medidas represivas) la clausura inmediata de las actividades de restauración y tienda-bazar, en base a que carecían de licencia alguna (clausura que ejecutan), pero no la de Bodega, puesto que, contando con licencia (de actividad y anterior de obra), se hace preciso incoar expediente por mandato legal (de forma que, de no hacerlo así, sin seguir el procedimiento legal, entonces sí que habrían podido cometer el delito de prevaricación del art. 404 CP) pero adoptan las iniciativas necesarias para ello: ante la ausencia de técnicos que pudieran realizar los informes (el Ingeniero Sr. Morales y el Secretario Municipal estaban ya inhabilitados por otra causa), se dirigen al Cabildo Insular (Administración Local superior) solicitando apoyo administrativo o técnico, apoyo que no obtienen; estos datos obran en la causa por probanza documental y por declaraciones testificales no contradichas, efectuadas en el extensísimo (cuatro días, algunos en sesiones de mañana y tarde) acto del juicio.

En esta situación, mal puede exigirse mayor diligencia en la actuación de la Alcaldesa y del Concejal, pues en aquellos momentos, por mor de otras causas penales, el Ayuntamiento (que es un pequeño Ayuntamiento rural pero con crecimiento descontrolado por su rápido desarrollo turístico, sin que la estructura administrativa creciera igual) estaba tan mermado de personal funcionario que las funciones de Secretario del Ayuntamiento tuvieron que ser realizadas por un Policía Municipal, puesto que el Ayuntamiento sólo contaba con dos funcionarios de carrera en activo (el citado Policía y un operario) siendo el resto personal con otra vinculación jurídica (laboral, funcionario eventual, etc.). Se justifica, así, la pasividad en estos años, y, además, en la necesidad de incoación de expediente para constatar el exceso en la obra o en el uso, lo cual precisaba de la realización de una visita de inspección y a la elaboración del correspondiente informe técnico (e incluso jurídico) que acreditara esa discordancia, necesidad inexistente respecto a la actividad del restaurante (por eso se pudo precintar), pero no en la bodega y tienda situada en la vivienda rehabilitada, al contar con licencia de actividad y antigua licencia de obras, a más de la autorización del Gobierno de Canarias tantas veces reiterada. Y tanto la inspección como el informe tendrían que ser realizados por técnico





competente, técnico del que el Ayuntamiento carecía en esos momentos por la imposibilidad de realizarlo el Ingeniero Sr. Morales, y no existiendo ningún otro técnico en el Ayuntamiento, y habiendo fracasado los intentos de apoyo técnico solicitados al Cabildo Insular, tal y como se expuso en el párrafo 1 anterior. Los condenados (que en todo caso sería uno y no ambos) carecían así de los medios personales técnicos precisos para adoptar la labor de vigilancia y represión de esta y cuantas otras irregularidades urbanísticas hubieran en el término municipal. Esta situación es apreciada por la Sentencia para no considerar como delito, vía comisión por omisión, la actitud de Alcaldesa y concejales durante ese período, pero sí por un hecho concreto acaecido cuando esta carencia de medios había sido ya parcialmente subsanada, en el año 2.013.

3.- La Sentencia, por tanto, no llega a condenar a la Alcaldesa y al Concejales de Urbanismo por la actitud pasiva general respecto a la actividad de la bodega, sino concretamente, por una pasividad específica: la falta de ejecución de la medida cautelar de cese provisional de la actividad de bodega y tienda, por orden del segundo de los citados (el Concejales) materializada en sendos Decretos de data de 11 de Octubre de 2.013.

Pues bien, lo que llevan a efecto de forma inmediata los indicados condenados es el cierre efectivo del restaurante (que carecía de cualquier tipo de licencia, ni de actividad ni de obra), pero no de la Bodega y tienda, puesto que aquélla, la de Bodega, contaba tanto con la vieja Licencia de Obra (anterior a la de actividad y que además incluía la rehabilitación del almacén), como, especialmente, la de actividad (objeto de análisis en la Sentencia y en este Voto) y la tienda se ubicaba en la vivienda o en el almacén rehabilitados y con autorización de ampliación subterránea, por lo que igualmente contaban con autorización.

La pasividad por la que se condena a estos dos cargos municipales, concretada en la falta de imposición del precinto al que alude el art. 176.2 de la norma citada), por la que condena la Sentencia está justificada por varias razones:

a) La incidencia que en el caso tenía la aprobación definitiva en fecha de 28-1-13, por la COTMAC (el órgano autonómico competente) de otro instrumento de planeamiento urbanístico (recuérdese la complejidad y variabilidad expuestas en el primer Fundamento Jurídico del presente Voto) cual era la consideración de la Bodega como uno de los Equipamientos Estructurantes en el Plan Especial de La Geria (la zona en la que se encuentra la Bodega), cuestión dudosa en la planimetría del Plan. Tales dudas fueron despejadas por Acuerdo de la COTMAC publicado en el BOCA de 21-10-13, después de que se hubieran dictado las órdenes de cese de actividad. Es relevante indicar que este Acuerdo de la COTMAC surgió precisamente ante la consulta planteada por la Alcaldesa, lo que contradice la pasividad que se le reprocha.

b) Además, la obligación cuya omisión sustenta la condena no se impone por la Ley al Concejales de Urbanismo, sino sólo al Alcalde, aunque también, en el mismo plano obligacional (no de manera subsidiaria o complementaria) al Director del órgano administrativo, de ámbito regional, competente para la represión de conductas urbanísticamente irregulares, que es la





antes citada Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (APMUN), objeto de modificación (otra más) por la nueva Ley Canaria 4/17 del Suelo, que crea la Agencia de Protección del Medio Rural. El texto del precepto invocado por la Sentencia (art. 176.1 del TR citado) es claro: “cuando un acto de....edificación o uso del suelo...esté sujeto a previa licencia urbanística o a cualesquiera otras... el Alcalde o el Director de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural deberá ordenar...el cese en el acto o uso en curso de ejecución y desarrollo.”

Esta obligación, como se vé, no se impone por la norma al Concejal, sino sólo al Alcalde y si éste (ésta, en el presente caso) hubiera delegado las competencias urbanísticas en el Concejal de Urbanismo (hecho que no consta en la causa, limitándose la Sentencia a indicarlo en condicional “aunque pudiera tener delegadas competencias en el Concejal de Urbanismo Sr. Martín”) entonces el responsable de tal acto sería éste y no aquélla, pero en ningún caso ambos.

Esta imprecisión de la Sentencia es relevante, no compartiéndose en este Voto la aplicación de la jurisprudencia expuesta en la STS 13-2-17 porque en ella se trataba de competencias indelegables (las de defensa administrativa) y aquí, las de urbanismo, competencia que es legal (y además) frecuentemente delegable.

Resulta inevitable aludir al concepto de competencia (de nuevo, es preciso desplazarse, desde el “ager” penal, a conceptos de Derecho Administrativo) y a su inalienabilidad fuera de los dos supuestos admisibles en la normativa (hoy la Ley 40/15, entonces la Ley 30/92). El concepto de competencia, como titularidad de una potestad administrativa, lo expresa la STS, III, de 15-4-83, como “el conjunto de funciones cuya titularidad se atribuye, por el Ordenamiento Jurídico, a un órgano administrativo”, y se caracteriza por su irrenunciabilidad. La competencia, no obstante, puede ser transferida a través del mecanismo de la delegación, ex art. 8.2 de la Ley 40/15 (al tiempo de acaecer los hechos, esta institución, de idéntica regulación, se encontraba en los arts. 12 a 14 de la Ley 30/92) y recuperada por el órgano titular de la competencia, mediante la institución de efectos inversos: la avocación.

Por tanto, si se compartiera el razonamiento de la Sentencia, para imponer la condena (a la que, insisto, me opongo de todas maneras) por la omisión del ejercicio de la potestad represiva concreta (el precinto), se haría preciso, inevitablemente, determinar quién tenía la obligación de ejercerla, es decir, quien era titular de la competencia, si la Alcaldesa o el Concejal de Urbanismo, porque de ninguna manera cabe atribuirle a ambos, de forma conjunta, mancomunada o cuasisolidaria, como si la competencia se pudiera compartir. En todo caso, la competencia parece descansar en el Concejal Sr. Rodríguez, pues fue él quien dictó los Decretos de cese de actividad, por lo que, incluso siguiendo el razonamiento condenatorio de la Sentencia (en hipótesis que, repito, no comparto) en ningún caso se pueden trasladar a la Alcaldesa solo por el interés que mostró en la resolución del caso una vez fue citada por el Juzgado de Instrucción, que es la razón que en la que se apoya la Sentencia para atribuirle la responsabilidad penal también a ella. Por el contrario, entiendo que la condena (que, repito de nuevo, en absoluto comparto, por las demás razones expuestas) precisaría delimitar quién ostentaba las competencias en materia de urbanismo, con expresión del acto administrativo o político (Acuerdo del Pleno o de la propia Alcaldesa) que efectuaba la delegación y los términos de ésta, (declaración que, en términos técnico-jurídico procesales, debería ubicarse en el relato de Hechos Probados, conforme al art 142 LECr.) pero que la Sentencia no hace, ni en





esta idónea ubicación sistemática ni en la extensa fundamentación jurídica que desarrolla. Esta omisión, ya de por sí, constituye un obstáculo -a mi criterio, ya insalvable- para la condena y desde luego, en modo alguno a ambos, en esa especie de obligación híbrida o solidaria que se deduce de la decisión de la Sentencia, como si la competencia fuera una institución iusprivatista que admitiera esta especie de solidaridad obligacional a modo de la civil de los arts. 1.137 y ss. del Código Civil.

c) Además, no se entiende porqué se condena sólo a la autoridad municipal y no al Director de la APMUN, igualmente obligado a ello. Y no es que aquí se defienda su condena, -que no procede, a mi criterio, a ninguno, ni aunque éste hubiera sido encausado- sino que se busca resaltar el contraste. Puede resultar innecesario, pero no me resisto a reflejar otro hecho notorio (art. 281.4 LECv.) en la realidad urbanística del territorio canario: la ingente cantidad de expedientes de precinto, demolición, sancionatorios, etc. que se tramitan, hace que los órganos represivos en materia de disciplina urbanística (los Ayuntamientos y singularmente la APMUN, órgano autonómico de carácter represivo en materia urbanística y, por tanto, dedicado exclusiva y específicamente a ello, con la autonomía propia de las Agencias como instituciones de Derecho Administrativo con el mayor grado de independencia funcional y orgánica) estén desbordados y existan multitud de situaciones iguales o peores que la presente, demorándose años (con prescripción de las infracciones por el plazo cuatrienal o caducando expedientes, los imprescriptibles por situarse en Espacios Naturales Protegidos, por ejemplo). Si la condena que -con mi oposición- aquí se impone se aplicara, todos los Alcaldes y los sucesivos Directores de la APMUN tendrían que sufrir múltiples condenas, por tantos casos exactamente iguales al presente, por el delito de prevaricación ordinaria del art. 404 CP en esta modalidad de comisión por omisión, al no dictar las órdenes de precinto o, aún mas frecuentes por su falta de adopción, las medidas de interrupción de suministro eléctrico y de agua (art. 176.2 del TR autonómico citado, el 1/00) a las que habría que añadirse las de omisión de las resoluciones de cese de la actividad, paralización de obras, y demás que impone el art. 176, apartado 1, de la norma citada, ante cualquier falta de licencia o autorización para cualquier uso o construcción. No se defiende con ello la impunidad de estas conductas omisivas, sino que deben limitarse a los casos de especial pasividad ante los continuos requerimientos o informes, conforme se indicó anteriormente y en aplicación de la jurisprudencia restrictiva (“casos especiales”) de la que es muestra la STS de 13-2-17 y las que en ellas se cita, que no sólo resalta la excepcionalidad de la condena por comisión por omisión, sino que lo condiciona a aquellos supuestos en los que “la omisión de la misma” (de la Resolución que no se adopta) equivalga a una Resolución denegatoria” (operatividad del silencio administrativo negativo, que es excepcional en la normativa administrativa, como antes se vio), “implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos”, y aludiendo, esta STS de 13-2-17, a la de fecha 2-12-15).

Se entiende, a mi particular criterio, como muy importante resaltar el condicionado contenido en el último párrafo de la jurisprudencia transcrita. Ésta requiere que de la pasividad de la autoridad al no resolver “implique de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos” y aquí, en el caso de la presente causa (y de cuantas otras sean en esta materia) no se produce el efecto de reconocimiento ni de denegación de derechos: la declaración u orden de cese de la actividad, sin llevar a efecto el precinto, no implica de ninguna manera la denegación o el reconocimiento de derecho alguno, (ni, por supuesto, este silencio opera en





sentido positivo, como antes se vio) ni deja vacía la declaración de irregular de la actividad (en el caso, de bodega y tienda, el restaurante ya estaba precintado por carecer de toda licencia) ni ningún otro efecto de consolidación o denegación; no se produce la autorización tácita de la actividad ni ningún otro efecto, efecto al que, por lo demás, la Sentencia no alude, puesto que se limita a condenar por no llevar a ejecución la orden (se entiende el precinto), sin más.

Súmese la doctrina contenida en la STS 13-2-17, en la misma línea que la anterior, en la que la condena que allí se impuso se basaba en que la omisión de la Resolución suponía el reconocimiento a los allí infractores “del derecho a continuar la obra”, derecho que aquí, en esta causa penal, no se deriva, en absoluto, por la falta de precinto, como ningún otro derecho o efecto jurídico se deriva de ello.

d) También ha de hacerse alguna referencia a otro elemento relevante para graduar la calificación de “grosera” de la conducta omisiva de quien fuera responsable (la Alcaldesa o, más bien, el Concejal de Urbanismo), elemento que es la duración de la inactividad de los condenados. Esta duración, se adelanta, es mínima.

El “dies a quo” para su cómputo debe fijarse, al menos, en el de la publicación en el Boletín Oficial de Canarias, del Acuerdo de la COTMAC que despejaba la duda de la planimetría del Plan Especial de la Geria, en el sentido de incluir o excluir como “Equipamiento Estructurante” a la Bodega Stratus. Esta publicación tuvo lugar el 21-10-13, en fecha posterior a los Decretos del Concejal de Urbanismo que contenían la orden de cese de actividad.

Para fijar el “dies ad quem” se hace preciso acudir al relato fáctico de la Sentencia porque este aspecto de duración de la inactividad en el concreto acto de precinto de dos de las tres actividades, no ha sido objeto de valoración por la Sentencia.

La falta de precinto duró hasta el 20 de Diciembre del mismo año, (“dies ad quem”) fecha en la que, en vía penal y en trámite de instrucción de la presente causa, el Juzgado de Instrucción nº 5 de Arrecife dispuso orden de cese cautelar de toda actividad (orden confirmada por la Audiencia Provincial en apelación, pero recientemente revocada por la citada Audiencia mediante reciente Auto de fecha 22-12-16 (rollo 542/16), al que antes se aludió. Recuérdense las dos condenas efectuadas por las SSTs antes citadas (de 19-10-06 y 22-4-05) en las que la inactividad de las autoridades allí condenadas se extendió durante varios años, haciendo caso omiso a los informes, denuncias y comunicaciones que reiteradamente recibían durante tanto tiempo. La diferencia entre esos casos y el presente resaltan con claridad.

Por tanto, la pasividad en la actuación municipal (sin concretar quién de los dos posibles, Alcaldesa o Concejal, sería responsable por ostentar la competencia) por no ejecutar inmediatamente la medida cautelar adoptada, sólo duró dos meses, lapso temporal pequeño que constituye un dato que debe operar en pro de la no calificación como grave o grosera o notoria (y demás términos jurisprudenciales tantas veces citados a lo largo del presente Voto), de la conducta omisiva, pues esta notoriedad, arbitrariedad o grosería opera, por supuesto, al menos igual en la prevaricación cometida por acción como en la cometida por omisión, si no es que opera con mayor intensidad (mayor grosería aún) en la comisión por omisión, por la característica de pasividad en la conducta del autor, pasividad que debe ser intensa, es decir, rebelde, obstruccionista, y dilatada en el tiempo.





Por otra parte, cabe destacar que, en el caso de que el Acuerdo de la COTMAC hubiera sido de signo contrario (si la planimetría hubiera incluido a la Bodega como Equipamiento Estructurante, evacuándose en sentido adverso la consulta efectuada por el Ayuntamiento), los Decretos del Concejal, ordenando el cese de la actividad y el subsiguiente precinto del restaurante, habrían sido nulos de pleno Derecho (art. 62 de la Ley 30/92), y, en la línea de criminalización de la actividad municipal seguida por la Sentencia, también habría podido condenársele por prevaricar (art. 404 CP) dado que dictó los Decretos antes de saber si la Bodega estaba o no regularizada por su calificación como Equipamiento Estructurante, pues el Concejal se anticipó a la resolución de la COTMAC; ello muestra, una vez más, la fragilidad (inseguridad, complejidad y mutabilidad) de la planificación urbanística y la necesidad de reducir la criminalización de los ilícitos administrativos (y en especial los urbanísticos) sólo a los casos nítidos. Ampliando los calificativos a los que se refiere la doctrina jurisprudencial, cabe reproducir los enérgicos términos de la STS 16-10-09 que requiere que la infracción sea “manifiesta e insufrible” a los utilizados en la STS 23-6-03 en la que alude a que la infracción al ordenamiento administrativo (en el caso, urbanístico) deba ser “evidente, patente, flagrante, clamorosa y esperpéntica”.

En el caso, no sólo es que ninguna de las actuaciones puede calificarse así, (ni menos la última, la de comisión por omisión), sino que incluso resultan ajustadas a Derecho, algunas de forma clara (la de la primera condena) y las otras, ajustadas al planeamiento urbanístico de forma menos clara o como mínimo, de forma dudosa.

Por tanto, manifiesto mi frontal oposición a la condena de la Alcaldesa (en el segundo período) D<sup>a</sup> Gladys y del Concejal Delegado de Urbanismo D. José A. Rodríguez, por la pretendida conducta omisiva al no actuar (al no precintar) en la fase final de los actos administrativos de represión, la actividad que contaba con licencia (la bodega y el bazar situado en la vivienda y almacén rehabilitados), frente al precinto de la actividad huérfana de licencia (la de restaurante). Su actuación en absoluto puede encajar (a mi personal criterio, aunque la alusión sea repetitiva) en la modalidad de comisión por omisión del delito tipificado en el art. 404 CP.

En conclusión, entiendo, con el mayor respeto al criterio mayoritario, que hubiera procedido la absolución de todos los condenados, por lo que disiento, en los términos antes expresados, del criterio de mis dos compañeras, (a las que reitero mi declaración expresa de alta consideración profesional) materializado en la Sentencia, a la que se une el presente Voto Particular, como parte integrante de la misma (párrafo 2 del art. 260 LOPJ).

-Antonio Doreste Armas-





