

**JDO. DE LO PENAL N. 3
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00077/2012

ASUNTO: PADD 448/11

SENTENCIA

En Palma de Mallorca, a diecisiete de febrero de dos mil doce.

Vistos por D. Jaime Tártalo Hernández, Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Penal nº 3 de los Palma de Mallorca, en juicio oral y público los presentes autos de Procedimiento Abreviado 448/11 seguidos en este Juzgado por un delito de prevaricación administrativa, en su modalidad de comisión por omisión, contra D. Bartomeu Alzina Sureda, mayor de edad, nacido en Capdepera [REDACTED] sin antecedentes penales, en libertad por la presente causa, de la que no ha estado privado, representado en los presentes autos por la Procuradora Dña. María Mascaró Galmes, y defendido por el Letrado D. Gaspar Oliver, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal representado por la Ilma. Sra. Dña. Silvia Aige.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los presentes autos fueron incoados en virtud de testimonio de particulares acordado en fecha 16-4-2010 por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Manacor, que dio lugar a las Diligencias Previas 442/10 tramitadas por el Juzgado de Instrucción número 1 (antiguo mixto 2) de Manacor, las cuales se transformaron en Procedimiento Abreviado por Auto de fecha 28 de febrero de 2011, dándose traslado al Ministerio Fiscal quien formuló acusación por un delito de prevaricación administrativa en su modalidad de comisión por omisión, del artículo 404 del Código penal, del que consideraba autor responsable al acusado D. Bartomeu Alzina Sureda para quien solicitaba, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, la pena de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, y pago de costas.

SEGUNDO.- Una vez dictado el Auto de apertura del juicio oral con fecha 15-7-2011, y dado traslado de la acusación a la defensa en fecha 27-7-2011, la Procuradora Sra. Mascaró Galmés, en representación del acusado, presentó escrito de defensa en disconformidad con la calificación del Ministerio Fiscal, solicitando la libre absolución de su patrocinado.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a los Juzgados de lo Penal de Palma de Mallorca, correspondió por turno de reparto el

enjuiciamiento y fallo de la causa al Juzgado de lo Penal número 3, recibándose las actuaciones con fecha 13-10-2011.

Con fecha 24 de octubre de 2011 se dictó auto en el que se señaló el comienzo de la vista para el día 25 de enero de 2012, a las 09:30 horas. En el acto del plenario se practicó la prueba propuesta y declarada pertinente con el resultado que consta en autos y que se da por reproducido. Acusación y defensa tuvieron por introducida la documental incluida en la causa.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal y la Defensa elevaron sus calificaciones a definitivas. Las partes emitieron los informes en apoyo de sus respectivas conclusiones, quedando los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales establecidas por el ordenamiento jurídico.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Probado y así se declara que en fecha 11 de agosto de 2008 la entidad S'ENTRADOR S.L solicitó al Ayuntamiento de Capdepera -en cual el acusado D. Bartomeu Alzina Sureda, mayor de edad y sin antecedentes penales, ostentaba la condición de Alcalde y Regidor de urbanismo- la concesión de licencia municipal para la ejecución de una obra de reforma integral del hotel Son Moll, de su propiedad, sito en la calle Tritón, de Cala Rajada. Junto con dicha solicitud se presentó el Proyecto Básico redactado por los arquitectos D. Ignacio Pons, D. José Luis Pujol y D. Arturo Vila, integrantes del despacho profesional "3de3 Arquitectos". En ningún momento posterior se presentó el proyecto de ejecución.

Previa y posteriormente a la presentación de dicha solicitud de licencia, Dña. Rosalía Vidal Serrano, administradora de la entidad promotora, mantuvo varias reuniones con el acusado con el fin de exponerle las bondades del proyecto y su positiva repercusión para la localidad. En dichas reuniones también le solicitó -y el acusado se mostró de acuerdo- que, en lo posible, se agilizaran los trámites administrativos, todo ello por el interés de la promotora en poder explotar el hotel rehabilitado a partir de la siguiente temporada turística, y el hecho de que a partir de la primavera, ya no se podría realizar las obras debido a que lo prohibía la normativa municipal.

SEGUNDO.- En fecha 23 de septiembre de 2008 el Arquitecto municipal del Ayuntamiento de Capdepera acordó en el expediente administrativo abierto al efecto (expediente nº 1-51/08) una resolución expresiva de la existencia de una serie de deficiencias en el proyecto presentado por la entidad S'ENTRADOR S.L, al faltar determinada documentación que se especificaba, indicándose a la entidad promotora que, una vez presentada dicha documentación, se podría continuar la tramitación del expediente. En consecuencia, en fecha 24 de septiembre de 2008, a la vista del informe desfavorable del

arquitecto municipal, el acusado, en su calidad de alcalde de Capdepera, dictó una resolución resolviendo requerir a la promotora para la subsanación de dichas deficiencias en quince días, bajo apercibimiento de archivo del expediente. Dicha resolución fue notificada a la entidad promotora en fecha 6-10-08.

TERCERO.- Cumpliendo el requerimiento efectuado, la entidad promotora presentó en fecha 7-10-2008 la documentación requerida por el Arquitecto Municipal, a fin de subsanar las deficiencias observadas en el proyecto básico.

Una vez examinada la documentación presentada por la promotora, en fecha 23 de octubre de 2008 el Arquitecto Municipal emitió un nuevo informe desfavorable en el que ponía de manifiesto la necesidad de cumplimentar una serie de trámites, previamente al otorgamiento de la licencia, trámites que guardaban relación con la necesidad de contar con la preceptiva autorización previa de la Consellería de Turismo, la tramitación y obtención del permiso de modificación de la licencia de actividad del establecimiento hotelero en el que se pensaba ejecutar las obras; y la autorización del Departamento responsable de Costas, bien del Consell de Mallorca, bien de la Demarcación de Costas en las Islas Baleares. Del mismo modo, se ponían de manifiesto una serie de deficiencias en el proyecto relativas a la inadecuación del mismo a la normativa municipal en materia de ocupación y volúmenes; y la falta de adaptación a los DB's del Código Técnico de la Edificación.

Consecuencia de ello, el acusado dictó en fecha 24 de octubre de 2008 una resolución en la que acordaba la necesidad de subsanar las deficiencias observadas en el informe técnico municipal, concediendo a la promotora un plazo de quince días para su verificarlo, bajo apercibimiento de archivo del expediente. Dicha resolución fue notificada a la entidad promotora en fecha 3-11-2008.

CUARTO.- A la vista de dichas resoluciones, la entidad promotora presentó en fecha 6 de noviembre de 2008 en el Ayuntamiento, la documentación complementaria necesaria para la subsanación de las deficiencias apreciadas por el Arquitecto Municipal. Una vez examinada dicha documentación, en fecha 13 de noviembre de 2008 el Arquitecto Municipal emitió un tercer informe desfavorable por cuanto, aunque se considerasen ya subsanadas las deficiencias relativas a capacidad y volúmenes del proyecto, entendía necesaria la emisión de un informe jurídico sobre, entre otros aspectos, la interpretación de la aplicación al caso de las ordenanzas de las NNSS, relativo a edificios existentes en "Situación B-2". Se indicaba que a la vista del contenido de ese dictamen jurídico, "se deberá decidir sobre las condiciones concretas a aplicar sobre lo solicitado. Con independencia de todo lo anterior, y con carácter previo a la concesión de esta licencia, todavía siguen pendientes las actuaciones que siguen:

- ° Obtención de la preceptiva a Autorización Previa de la Consellería de Turismo.

º Tramitación y obtención del permiso de modificación de la Licencia de Actividad de este establecimiento.

º Autorización del departamento responsable en el tema de Costas del Consell de Mallorca, y en su caso de la Demarcación de Costas en las Islas Baleares.

Por lo tanto, hasta que no se hayan cumplimentado todos los aspectos anteriores, no resultará posible la emisión del informe técnico correspondiente".

Como consecuencia de este informe desfavorable, el acusado dictó una nueva resolución resolviendo la necesidad de subsanar las deficiencias observadas en el informe técnico, otorgando un plazo de quince días para ello.

QUINTO.- En fecha 16 de diciembre de 2008, sin que Ayuntamiento hubiera otorgado todavía la preceptiva licencia municipal de obras a la entidad S'ENTRADOR S.L, se produjo el colapso y derrumbe total de la crujía delantera del lado izquierdo del cuerpo de edificio del hotel Son Moll que daba al frente con la calle Tritón, esquina con la calle Nereidas.

SEXTO.- Pese a que en ningún momento el Ayuntamiento de Capdepera había otorgado la mencionada preceptiva licencia de obras, en una fecha no determinada, pero en todo caso antes del día 29 de octubre de 2008, la entidad promotora decidió comenzar con la ejecución las obras. Pese a que la realización de las obras ya era un hecho notorio y conocido en la localidad y, por tanto, por los responsables municipales, la ejecución de las mismas fueron constatadas oficialmente por el celador municipal de obras que en la fecha indicada, se personó en la obra levantando la correspondiente denuncia al no existir licencia municipal de obras. El celador puso en conocimiento del acusado tal circunstancia, sin que éste adoptara ninguna medida al respecto referida a la paralización de las obras.

El celador municipal volvió a personarse en las obras el día 4 de noviembre de 2008 constatando nuevamente que las obras de rehabilitación se estaban ejecutando, por lo que volvió a levantar boletín de denuncia al carecer la obra de la correspondiente licencia municipal. Tal circunstancia fue puesta igualmente en conocimiento del acusado, quien tampoco dio instrucciones concretas al celador, ni ordenó la paralización de las obras.

El celador volvió a visitar la obra en fecha 14-11-2008 constando igualmente que, pese a no existir licencia municipal, las obras seguían avanzando en su ejecución. Tal circunstancia fue comunicada por el celador al Concejal de Deportes quien, a su vez, se lo comentó al acusado posteriormente, sin que éste, siendo él el único con facultades para hacerlo, adoptara ninguna medida de paralización de las obras o de apertura del correspondiente expediente sancionador, y sin que tampoco diera instrucciones concretas al celador en relación a dichas obras.

El acusado no decretó la suspensión y paralización de las obras hasta el día 17 de diciembre de 2008, una vez producido

el derrumbe, ordenando la apertura de un expediente de infracción urbanística (expediente nº 43URB/08) contra el promotor, constructor y arquitectos, a la vista de los distintos informes emitidos por el celador de obras, y del informe del Arquitecto Municipal de fecha 16 de diciembre de 2008 en los que se ponía de manifiesto que las obras de rehabilitación del hotel Son Moll se estaba ejecutando sin la preceptiva licencia municipal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de prevaricación previsto y penado en el art. 404 del Código Penal, en su modalidad omisiva, del que deben responder en concepto de autor el acusado, conforme a lo que dispone el art. 28 del Código Penal. El referido artículo sanciona con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años a la autoridad o cargo público que, a sabiendas de su injusticia, dictara una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

Valorando en conjunto y del modo ordenado por el art. 741 LECr las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, este Juzgado considera que se ha aportado una prueba de cargo con la suficiente entidad como para desvirtuar el principio de presunción de inocencia del acusado. Como tiene señalado la jurisprudencia, SSTs 21-12-1999, 12-12-2001, 17 y 31-5-2002 y 13-6-2003, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, que son: el servicio prioritario a los intereses generales, el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, y la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines. Es por ello que 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. El bien jurídico protegido es, por tanto, el mismo principio de legalidad y la sujeción al derecho de las autoridades, con interdicción del puro arbitrio consistente en aprovechar la situación de poder que tiene encomendada una determinada persona para anteponer a esa recta aplicación del derecho, los intereses o criterios puramente personales y caprichosos. Dice la STS 8-6-2006 que la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, o cuando omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte de un asunto administrativo.

La STS 1-7-2009 contiene un detallado análisis del delito de prevaricación, al decir que "El Código Penal de 1995 ha marcado más aún que el precedente la diferencia entre la prevaricación judicial y la prevaricación de los funcionarios públicos, porque, si bien eran objeto de artículos distintos,

se encuadraban ambos tipos delictivos en un mismo título dedicado a los delitos de funcionarios públicos, mientras que, ahora, uno y otro delito tienen su asiento en dos títulos distintos del libro segundo del Código Penal, los referentes respectivamente, a delitos contra la administración pública y a delitos contra la administración de Justicia. La reiterada doctrina jurisprudencial que venía exigiendo para la prevaricación del funcionario, un patente y elevado grado de injusticia de la resolución que hubiera adoptado, se ha reflejado en el Código de 1995 al exigir que sea arbitraria la resolución que adopte el funcionario - al que se une ahora la autoridad, como lo son alcalde y concejales con frecuencia legos en Derecho, con lo que se refuerza el carácter de estruendosa injusticia como elemento de este tipo de delito-, mientras mantiene para la prevaricación judicial la exigencia de una resolución injusta, sin más calificativos que pudieran elevar el grado de importancia de la injusticia de la resolución por el juez adoptada. Va de suyo por tanto que la jurisprudencia de esta Sala que venía interpretando los requisitos de la prevaricación del funcionario, sigue siendo aplicable al delito que se recoge en el actual artículo 404 del Código Penal, reforzada incluso en cuanto a la calificación del elemento objetivo de este delito que ha de consistir en una resolución de gran injusticia hasta el punto de que constituya una decisión arbitraria por su flagrante y clamoroso apartamiento de la norma legal aplicable, y sin apoyo en una interpretación plausible de la misma (sentencias de 26 de Abril de 1.995 y 10 de Diciembre de 1.996), y de otra parte, se mantuvieron el requisito, ya anteriormente recogido en el texto legal definitorio consistente en el elemento subjetivo de que la resolución fuere adoptada por su autor a sabiendas de su injusticia.

De tal suerte que la jurisprudencia de esta Sala ha sistematizado los requisitos necesarios para la apreciación de la prevaricación administrativa distinguiendo cuatro fundamentales, de los cuales son subjetivos el primero y el cuarto, y objetivos el segundo y el tercero.

A) Desde el punto de vista del sujeto activo, éste debe ser una autoridad o funcionario público, debiendo acudir al art. 119 CP 1973 o al 24CP 1995, según los casos, para encontrar la definición de autoridad o funcionario público que debe ser tenida en cuenta para integrar el tipo de prevaricación administrativa.

B) El funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución en asunto administrativo que, ante todo, se reputa no adecuada a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales en la génesis de la resolución, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.

C) No es suficiente, sin embargo, que una resolución administrativa no adecuada a derecho para que constituya un delito de prevaricación. El control de legalidad de los actos de la Administración corresponde, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa y no sería compatible con la correcta articulación entre los poderes del Estado de Derecho diseñado en la CE una criminalización sistemática de los actos de la Administración que estuviesen en contradicción

con la ley o implicasen desviación de poder, como ciertamente ocurriría si todo acto administrativo ilegal fuese considerado penalmente injusto. La injusticia a que se refieren los arts. 358 CP 1973 y 404CP 1995 supone un "plus" de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia de esta Sala ha dicho reiteradamente que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el correspondiente tipo de prevaricación, cuando la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa". El CP 1995 se ha situado en la misma línea restrictiva al asociar, en su art. 404, la injusticia de la resolución con la arbitrariedad, nota de la que, por cierto, se ha prescindido en la definición de la prevaricación judicial. No sería del todo exacto entender que con tal asociación de injusticia y arbitrariedad se haya limitado la nueva ley a ratificar la doctrina elaborada por esta Sala en torno al art. 358 CP derogado. La identificación de la injusticia de una resolución administrativa con la mera evidencia de su ilegalidad ponía el acento en el dato, sin duda importante, de la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho. El art. 404 CP vigente ha puesto el acento en el dato, más objetivo y seguro, del "ejercicio arbitrario del poder" proscrito por el art. 9.3 CE. Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular. 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.

D) Ahora bien, para que el delito de que tratamos se entienda cometido, se requiere además que la autoridad o funcionario actúe "a sabiendas" de la injusticia de la resolución que dicta. La expresión "a sabiendas" no sólo elimina del tipo en cuestión la posible comisión culposa sino también la comisión con dolo eventual. La exigencia de este elemento subjetivo cualificado no puede llevar, naturalmente, a la llamada "subjetivización" de este delito, que ha sido razonadamente desechada por la reciente Sentencia de esta Sala de 15-10 99 en relación con la prevaricación judicial, pero no puede menos de ser cuidadosamente ponderada cuando se trata de una prevaricación administrativa y el presunto culpable es persona lega en derecho. Se cometerá, pues, el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere aquel resultado y antepone su voluntad de cualquier otra consideración" -algo que repite el AAP Castellón 27-1-2005.

"Estos criterios se repiten, matizados, en la STS de 18 de marzo de 2000 cuando declaraba que el delito de prevaricación, vigente artículo 404 C.P., precisa como elemento objetivo de una resolución dictada en un asunto administrativo que merezca el calificativo de arbitraria. Es cierto que no se trata de criminalizar cualquier resolución contraria a derecho o con tintes de ilegalidad, pues la corrección de lo ilegal corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin

embargo, la asunción de la arbitrariedad como elemento del tipo, -el antiguo artículo 358 C.P. 1973 se refería a que la resolución fuese injusta-, tiene un significado, por una parte, reductor del ámbito de aplicación del tipo, y, por otro, clarificador de los supuestos de posible aplicación. La Jurisprudencia de la Sala Segunda, en línea con la anterior a la entrada en vigor del nuevo Código Penal, ha señalado en este sentido "que el artículo 404 C.P. vigente ha puesto el acento en el elemento más objetivo y de fondo del <<ejercicio arbitrario del poder>> proscrito por el artículo 9.3 C.E.. Se ejerce arbitrariamente el poder cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino, pura y simplemente, de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión del mejor derecho o del interés colectivo concurre el elemento objetivo de la prevaricación"(S.S.T.S. 23/5/98, 14/12/98 o 18/5/99). La de 24/11/98 también señala que "el control de legalidad de los actos de la Administración corresponde en principio, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y no sería compatible con una correcta articulación entre los poderes del Estado constitucional una sistemática criminalización de los actos de la Administración que estuviesen en contradicción con la Ley o implicasen desviación de poder, como acontecería si todo acto administrativo ilegal fuese considerado <<injusto>>. Una resolución ilegal no es, sólo por ser ilegal, una resolución injusta. La injusticia supone un <<plus>> de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal". Por ello la Jurisprudencia vigente de la Sala, a efectos de incardinar la ilegalidad en el delito de prevaricación, la subordina a que la misma sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa", subrayando, como decíamos más arriba, que el artículo 404 citado pone el acento en la actuación que implica verdadero "ejercicio arbitrario del poder", es decir, en función del capricho o voluntad del agente.

Así las cosas, el ámbito de la Jurisdicción Penal no puede confundirse con el de la Contencioso-Administrativa, porque una cosa es verificar la legalidad de la resolución y otra distinta ex artículo 9.3 C.E. castigar la arbitrariedad en el ejercicio de las funciones públicas como fuente u origen de una resolución contraria a derecho generadora de injusticia. La S.T.S. de 9/6/98, citada por la más reciente de 21/12/99, señala que "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 y 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" (también en la misma línea S.T.S. de 15/10/99)". En este mismo sentido, la SAP Castellón 23-11-2004 señala que no es suficiente la mera ilegalidad o contradicción con el Derecho para que una determinada resolución administrativa constituya el delito de

prevaricación, ya que ello supondría anular la intervención en la práctica de los Tribunales de lo Contencioso administrativo, ampliando la actuación de los tribunales del orden penal haciéndoles perder su carácter de última ratio, y ello aunque la ilegalidad sea tan grave como para provocar la nulidad de pleno derecho de la resolución administrativa.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal considera que el delito de prevaricación atribuido al acusado lo es en su modalidad de comisión por omisión, y ello al no haber acordado el acusado, en su calidad de Alcalde del Ayuntamiento de Capdepera, la suspensión de la obras ejecutadas en esa localidad a instancias de la promotora S'ENTRADOR S.L, y por no haber incoado el correspondiente expediente de disciplina urbanística contra la misma y demás agentes intervinientes en la rehabilitación del hotel Son Moll, sabiendo que dichas obras que se estaban ejecutando, carecían de licencia municipal. La STS 17-7-2002 ya indicó que la prevaricación por omisión dejó de ser una cuestión polémica a partir del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30-6-1997, que en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la Ley 30/92, viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. Son numerosas las resoluciones que se han manifestado favorables a la admisión de la comisión por omisión de este delito, como las SSTS 29-10-1994, 2-7-1997, 18-3-2000 y 16-4-2002, las cuales ponen el acento en que cabe incurrir en responsabilidad en comisión por omisión "cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa, y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación".

También la Audiencia Provincial de Palma, Sección primera, en sentencia de 20-7-2007 ha señalado que "tanto se realiza la conducta típica ("...la autoridad...que ...dictase resolución arbitraria..." de manera positiva, es decir, dictando la resolución, como no respondiendo a peticiones que legítimamente se le planteen y respecto de la que debe existir una resolución, pues ésta también se produce por la negativa a responder (en este sentido SSTS 1880/1994, de 29 de octubre; 784/1997, de 2 de julio; 426/2000, de 18 de marzo; y 647/2002, de 16 de abril, entre otras). De ahí que e hayan dicho que, como tal delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad y, por tanto, arbitraria". Así, la STS 19-10-2006 condenó a un alcalde como autor de un delito de prevaricación administrativa en comisión por omisión, por su conducta de no atender a las repetidas quejas presentadas por los vecinos sobre una actividad que generaba ruidos, y limitarse a mandar al lugar a los agentes de la policía local provistos de medidores inadecuados y, posteriormente, dejar las resoluciones sobre la mesa hasta el archivo de las mismas. En este supuesto, señala el Tribunal Supremo que la conducta del alcalde integra una decisión, por acción y por omisión o dejación de sus funciones que, de forma deliberada, se sitúa al lado de una industria contaminante en contra de los intereses de los ciudadanos, sabiendo a ciencia cierta que actuaba y vulneraba la legalidad que regulaba la

emisión de ruidos. Conoció, asimismo, los informes negativos sobre las emisiones ruidosas, contemplando impasible como se incumplían las propias decisiones sobre aislamientos realizada por la Consejería Autonómica y el propio servicio técnico del Ayuntamiento.

Ahora bien, hay que decir que la admisibilidad de esta modalidad comisiva no implica que cualquier pasividad de un funcionario o de una autoridad en el ejercicio de sus funciones que a una parte se le antoje antijurídica o contraria a la legalidad tenga consecuencias penales ya que, además de la omisión del cumplimiento de una exigencia legal, es preciso que concurren los otros requisitos, objetivos y subjetivos, que exige el tipo penal del art. 404, a los que antes hemos hecho mención.

TERCERO.- Aplicando al caso enjuiciado la doctrina expuesta, este Juzgado considera que concurren todos los requisitos del delito de prevaricación administrativa, tal y como los interpreta la jurisprudencia. No hay ninguna duda respecto a la condición subjetiva del acusado como autoridad a efectos administrativos en la fecha de los hechos, al ostentar la condición de Alcalde y Regidor de Urbanismo del Ayuntamiento de Capdepera,.

Concurre también el requisito de haber dictado -en el presente caso, por no haber dictado- una determinada resolución infringiendo el ordenamiento jurídico. El acusado no dictó, como era su obligación conforme a la normativa administrativa en materia de disciplina urbanística, la resolución que ordenara la paralización de las obras que se estaban ejecutando sin licencia, y la correspondiente incoación de un expediente de infracción urbanística. Ha quedado suficientemente acreditado que las obras de rehabilitación del hotel Son Moll comenzaron sin que se hubiera obtenido la preceptiva licencia municipal, y que las mismas continuaron durante unos dos meses -precisamente hasta la caída o colapso del hotel que motivaron la paralización de las mismas-, sin que se hubiera concedido por parte del Ayuntamiento la correspondiente licencia. En este sentido, qué duda cabe que la actuación del acusado -así como la de parte de las personas que tuvieron intervención y responsabilidad en el expediente administrativo iniciado a raíz de la solicitud de concesión de licencia presentado por la entidad S'ENTRADOR S.L- es totalmente reprochable, y ello es así porque parece difícil imaginar que el acusado desconociera que en el hotel se estaban desarrollando los trabajos y obras de rehabilitación del mismo, y de que esos trabajos se estaban ejecutando al margen de cualquier licencia municipal de obras. Decimos que el acusado forzosamente tenía que conocer que esto era así porque, primero, ha quedado acreditado que la administradora de la entidad promotora mantuvo más de una entrevista con el acusado para lograr el interés y "patrocinio" de éste para que se agilizaran en el Ayuntamiento los trámites administrativos necesarios para obtener la licencia; segundo, porque el acusado evidenció su interés y su atención personal sobre el devenir administrativo del proyecto, como demostró a la hora de redactar con premura aquellas resoluciones que afectaban directamente a la posibilidad o no de conceder dicha licencia de obras; y, tercero, porque la situación del hotel y la

realidad de las obras de rehabilitación que de facto se estaban ejecutando era algo notorio en el pueblo; y, cuarto, porque, como se ha declarado probado, el celador se lo había comunicado personalmente al acusado en dos ocasiones, y una más de forma indirecta.

En relación a la primera cuestión expuesta, tanto el acusado como la testigo Rosalía han coincidido a la hora de reconocer que ambos, mantuvieron varios encuentros para tratar el tema de las obras que se querían realizar en el hotel. Según Rosalía, el acusado manifestó que el proyecto de rehabilitación del hotel era bueno para el pueblo. Quizá esa fue una de las razones por las que el acusado se ofreció a ayudar en la medida de lo posible. De hecho, según ha reconocido él mismo, dijo a la promotora que las ayudaría a obtener la licencia comprometiéndose a hablar con el arquitecto municipal para que agilizar los trámites informando de manera rápida sobre la petición de licencia presentada por S'ENTRADOR S.L. Tanto el acusado como la testigo Rosalía han coincidido también en que era urgente que se concediera la licencia cuanto antes ya que, según el acusado, la promotora le dijo que ya les habían otorgado la autorización en la Consellería de Turismo para aumentar la categoría del hotel resultante de la rehabilitación, y que tenían intención de abrir el nuevo hotel la siguiente temporada. A ello hay que añadir la razón alegada por Rosalía y por los representantes de la empresa constructora, respecto a la imposibilidad de realizar obras en el hotel a partir del mes de marzo o abril del año siguiente, por aplicación de los dispuesto en el art. 60 de la normativa municipal en materia de obras en el término de Capdepera. Por eso urgía obtener la licencia y empezar las obras cuanto antes, ya que las obras solo se podían realizar en un periodo corto de tiempo. Es por ello que, en palabras de la testigo Rosalía, el alcalde se preocupó del proyecto y dio información para acelerar todos los trámites.

En este contexto, carece de sentido la explicación dada por el acusado, respecto a que su labor para agilizar los trámites consistió en pedirle al arquitecto municipal que, respetando el orden de presentación de la petición de licencia de obras efectuada por S'ENTRADOR S.L, dedicara más tiempo en su trabajo como arquitecto municipal, incluso proponiendo al arquitecto que trabajara por las tardes, para así empezar a tramitar cuanto antes la solicitud de licencia mencionada. Decimos que carece de lógica la explicación del acusado porque, primero, si se comprometió a agilizar los trámites, el termino "agilizar los trámites" implica, por propia lógica, dar preferencia a la solicitud de S'ENTRADOR S.L frente a otras; segundo, porque el propio arquitecto municipal ha negado que recibiera petición alguna para trabajar más horas, incluso alguna tarde; y, tercero, porque esa preferencia y ese "pasar por delante" de otras peticiones de licencia era una consecuencia lógica de la prisa que la entidad promotora quería imprimir al proyecto, el más importante con diferencia de los que en esa época se estaba acometiendo en la localidad de Capdepera, tal y como han reconocido varios testigos que han declarado en el juicio, entre ellos el entonces administrativo del Ayuntamiento D. [REDACTED] M. [REDACTED].

En cuanto al interés mostrado por el acusado y su contribución a la agilización del expediente, hay que hacer mención a su especial diligencia y premura a la hora de dictar las correspondientes resoluciones a la vista de los distintos informes que emitía el arquitecto municipal, en relación a la solicitud de licencia de obras presentada -premura que no es en modo alguna delictiva y que debe enmarcarse en ese compromiso del acusado frente a la promotora por agilizar en lo posible los trámites. El expediente municipal de obra mayor nº 1-51/08 abierto a raíz de la petición de licencia (folios 242 y ss), evidencia que el primer informe del arquitecto municipal en relación a esa petición, de fecha 23-9-2008 (folio 249), dio lugar a una resolución del acusado fechada al día siguiente, en la que instaba a la promotora a la subsanación de deficiencias (folio 250. Lo mismo sucedió a raíz del segundo informe del Arquitecto municipal, de fecha 23 de octubre de 2008 (folio 260), que motivó la resolución del acusado de fecha 24 de octubre de 2008 (folios 261 y 262) requiriendo a la promotora para la subsanación de deficiencias. Igual diligencia evidenció el acusado a raíz del informe del arquitecto municipal de fecha 13 de noviembre de 2008 (folio 270), que se tradujo en una resolución del alcalde cuatro días más tarde -tardó en contestar porque los días previos se encontraba de viaje, como ha declarado el acusado-, informando a la promotora de qué deficiencias se seguían observando (folio 271). Esta diligencia y agilidad a la hora de comunicar a la promotora de cuál era el estado de la petición de licencia, ha llamado la atención incluso del celador de obras I [REDACTED] M [REDACTED], quien ha declarado que la tramitación del expediente fue excepcional porque se contestó de forma inmediata, algo que él no había visto durante todos los años que lleva de celador en el Ayuntamiento de Capdepera (en la fecha de los hechos llevaba tres años siendo celador, cargo que aún ostenta). De igual forma, el celador ha manifestado que fue excepcional el hecho de que la tramitación de la licencia se sustentase solo en la existencia de un proyecto básico, puesto que nunca se había concedido licencia sin la existencia de un proyecto de ejecución, proyecto éste que S'ENTRADOR S.L nunca presentó. En este contexto, resulta difícil pensar que el acusado no sabía que la licencia para la rehabilitación del hotel todavía no se había otorgado, máxime teniendo en cuenta, como ya hemos apuntado, que tal proyecto era el de más envergadura en ese momento en la localidad.

Por último, resulta imposible que el acusado ignorase que, pese a la ausencia de licencia, las obras se estaban ejecutando en el hotel con total normalidad. El celador ha declarado, y así lo ha confirmado el acusado, que informó al alcalde a raíz de cada una de las denuncias de infracción que levantó por la ejecución de las obras sin licencia. Incluso ha admitido el acusado que tuvo conocimiento de la existencia de una tercera denuncia, de fecha 14-11-08 (folio 29 a 32), porque así se lo dijo el regidor que le sustituyó en las funciones de Alcalde mientras él estuvo de viaje los días previos. Pero es que, tanto el celador, como el citado regidor de deportes, R [REDACTED] F [REDACTED], han manifestado que era algo notorio y público en la localidad que las obras en el hotel se estaban ejecutando. Reiteramos que se trataba del proyecto más importante que se estaba acometiendo en Capdepera, además de estar situado el hotel en una de las dos entradas a la

localidad de Cala Rajada, como ha declarado el celador, lo que hacía que fuera evidente para todo el mundo que las obras se estaban acometiendo. Es por esto que resulta imposible que el arquitecto municipal no supiera que las obras se estaban llevando a cabo, pese a que él no había informado favorablemente para la concesión de la licencia. En el acto de juicio ha venido a admitir que probablemente algo hubiera oído, lo que no es más que una forma eufemística de eludir su deficiente actuación, al consentir que se estuvieran realizando unas obras para las cuales él todavía no había informado favorablemente la concesión de la licencia, tras tres informes desfavorables previos. El celador ha manifestado, como no podía ser de otra forma, que el arquitecto municipal sabía lo que estaba pasando porque él mismo le había comentado el tema en alguna ocasión, pero que, pese a ello, nadie hizo nada. Tal pasividad llevó al celador a dejar de informar a sus superiores del resultado de las visitas que siguió girando a la obra, cansado de que ningún responsable de la corporación municipal hiciera nada, tal y como ha relatado él mismo en el acto del plenario.

Todo ello redunda, como no podía ser de otra forma, en la afirmación del acusado respecto a que él sabía que las obras se estaban ejecutando sin licencia, aunque fija como fecha inicial de ese conocimiento, la de la segunda denuncia del celador municipal, 4-11-2008.

CUARTO.- Ya hemos hecho referencia a que el delito cometido por el acusado debe calificarse como de prevaricación en comisión por omisión. Ciertamente, el delito de prevaricación administrativa implica, como hemos apuntado, el dictado de una resolución injusta, es decir, que se aparte de forma patente y clamorosa, como luego veremos, del ordenamiento jurídico. Se trata de una norma penal en blanco que nos obliga a acudir a la normativa administrativa correspondiente para comprobar si se ha producido un apartamiento indebido de la misma. En el caso que estamos enjuiciando, la normativa en cuestión es la Ley Autonómica 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística, que dispone que están sujetos a licencia, entre otros supuestos, las obras de ampliación, modificación o reforma que afecten a la estructura, el aspecto exterior o la disposición interior de los edificios e instalaciones de todas las clases existentes. Son los ayuntamientos quienes tienen, salvo en algunas excepciones no aplicables al caso analizado, competencia para otorgar las licencias. El artículo 6 de la citada Ley describe el contenido mínimo del proyecto técnico que sirve de base para la solicitud de la licencia, indicando que deberá contener el proyecto básico y el proyecto de ejecución. El art. 7 dispone que cuando la licencia de obras se hubiera solicitado y obtenido mediante la presentación de un proyecto básico, será preceptiva la presentación del proyecto de ejecución en el plazo de seis meses desde la concesión de la licencia, proyecto éste que deberá ajustarse a las determinaciones del proyecto básico. En estos casos, el Ayuntamiento dispondrá del plazo de un mes para comprobar la adecuación del proyecto de ejecución con el básico; y transcurrido ese plazo sin que el Ayuntamiento notifique al interesado resolución en contra, se podrán iniciar las obras.

De todo ello se colige que no es posible dar inicio a la ejecución de las obras en tanto no estén aprobados el proyecto básico y el proyecto de ejecución, ya que el precepto sigue diciendo que, si el Ayuntamiento detectara, transcurrido el plazo de un mes, alteraciones de las determinaciones del proyecto básico de acuerdo con las cuales se otorgó la licencia, se ordenará la inmediata paralización de las obras y el inicio del expediente de modificación del proyecto.

Según la citada Ley, corresponde a los Ayuntamientos y a los Consells Insulares, en el ámbito de sus respectivas competencias, las funciones de inspección urbanística. El art. 22 regula las actas levantadas por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones inspectoras, mientras que el art. 23 dispone que los hechos que figuran en las actas de inspección darán lugar a la actuación de oficio del órgano urbanístico competente (en este caso, del Ayuntamiento). Conforme al art. 26, la Administración actuante estará obligada a exigir a los propietarios la legalización de las obras o actuaciones efectuadas sin licencia u orden de ejecución o inajustarse a éstas, y a incoar el correspondiente expediente sancionador y, si procede, ordenar y hacer ejecutar la demolición cuando aquéllas no pudieran ser legalizadas. El art. 27 contempla como infracción urbanística la ejecución de obras sin licencia, sean o no legalizables.

El art. 35 atribuye a los alcaldes la competencia para iniciar, tramitar e imponer sanciones, algo que el acusado ha reconocido. En este orden de cosas, el art. 61 dispone que cuando los actos de edificación o uso del suelo se efectuasen sin licencia u orden de ejecución, se dispondrá la suspensión inmediata de estos actos por la autoridad urbanística actante. Dicho acuerdo será ejecutivo y se notificará al promotor y al constructor, de modo que si éstos no paran la actividad en cuarenta y ocho horas, se procederá por vía de ejecución forzosa a la ejecución del acuerdo de suspensión. Por último, el art. 66 prevé que el Ayuntamiento, al dictar el acuerdo de suspensión o al tener conocimiento de éste, nombrará un instructor y un secretario del expediente de infracción urbanística.

Como ya hemos señalado, el acusado ha reconocido que él era el único competente tanto para acordar la paralización de las obras que se estaban ejecutando en el hotel Son Moll, como para acordar la apertura de un expediente de infracción urbanística. Sin embargo, y pese a la constancia personal de los informes remitidos por el celador de obra, el testigo Llorenç, en los que se ponía de manifiesto que en el hotel se estaban ejecutando obras sin licencia alguna, el acusado no solo consintió que las obras se siguieran ejecutando sin licencia, sino que tampoco acordó la paralización de las obras que se realizaban en el hotel Son Moll sin dicha licencia, ni acordó la incoación del expediente de infracción urbanística, actuaciones ambas a las que venía obligado por la Ley de Disciplina Urbanística, con lo que incumplió así la función de garante del ordenamiento jurídico que le compete como servidor público. A él le correspondía de forma superior, velar por el cumplimiento de la normativa urbanística, siendo él el único competente para el otorgamiento de las licencias de obra. El acusado ha reconocido en el acto de juicio que la licencia

municipal de obras no se puede otorgar hasta que se presente el proyecto de ejecución, el cual la entidad S'ENTRADOR S.L no acompañó con el proyecto básico a la hora de solicitar la pertinente licencia. De igual forma ha admitido que tampoco se la requirió a posteriori, habida cuenta que el proyecto básico adolecía de una serie de deficiencias, por lo que infringió, igualmente, la facultad que le competía de garantizar el cumplimiento de la ley para salvaguardar el interés público.

Los instrumentos que prevé la Ley para garantizar el respeto al procedimiento urbanístico de concesión de licencias que, además, vela por los intereses generales son no solo las sanciones, sino también la inmediata paralización de las obras ejecutadas sin licencia. El no acordar esa paralización tiene los mismos efectos que una autorización tácita para la ejecución de las obras o que una concesión tácita de la licencia, licencia que en modo alguno podía otorgarse porque faltaban determinadas autorizaciones supramunicipales. Pero es que, además, y aunque se hubieran aportado esas autorizaciones, tampoco se podría haber otorgado la licencia, ya que faltaba el correspondiente proyecto de ejecución. Frente a las reiteradas denuncias del celador, el acusado dio la callada por respuesta, mantuvo una actitud pasiva y no adoptó ninguna medida para evitar que las obras se siguieran ejecutando de manera ilegal, tolerando una situación de hecho que contravenía manifiesta y palmariamente, las normas imperativas vigentes. Dicho silencio no era susceptible de recurso en vía administrativa, quedando abierta únicamente a los particulares la presentación de las correspondientes denuncias.

QUINTO.- Acreditado ese conocimiento por parte del acusado de lo que estaba aconteciendo, la cuestión pasa por determinar si su proceder pasivo a la hora de incoar el correspondiente expediente de infracción urbanística por las ejecución de obras sin licencia, fue arbitrario, es decir, si fue consecuencia de una ilegalidad patente, flagrante, clamorosa y fruto de su actuación caprichosa; y la respuesta debe ser, a juicio de este Juzgado, necesariamente afirmativa. Ha quedado acreditado, por lo expuesto anteriormente, que el celador de obras presentó al acusado hasta tres denuncias levantadas contra la empresa constructora por estar ejecutando las obras de rehabilitación del hotel sin la preceptiva licencia. Esas tres denuncias se produjeron en un breve espacio de tiempo de poco más de veinte días (folios 10 a 13 y 367 a 370, la visita de 29 de octubre; 3 a 9 y 371 a 378, la visita de 4 de noviembre; y 29 a 32 y 379 a 382, la visita de 14 de noviembre). Pese a ellas, el acusado mantuvo una actitud totalmente pasiva, consintiendo la ilegalidad de la situación que suponía el que se estuvieran ejecutando unas obras mayores de rehabilitación de un hotel, sin que se hubiera obtenido la licencia municipal de obras. El acusado hizo caso omiso a las denuncias presentadas por el celador, empleado municipal entre cuyos cometidos están, precisamente, el verificar que las obras que se ejecutan en un determinado término municipal se adecuen a la normativa municipal. Resulta clamoroso que, hasta en tres ocasiones, el acusado no adoptara ningún tipo de resolución administrativa encaminada a poner fin al estado de ilegalidad de las obras cuya ejecución se denunciaba. El testigo Llorenç ha relatado cómo a raíz de la primera

denuncia, tras exhibir al acusado las fotografías que había tomado en el lugar de la obra (folios 11 a 13), y tras explicarle que se estaban realizando trabajos de ejecución de obras sin licencia, el acusado se limitó a darle las gracias, aunque ésta ha declarado que explicó al celador que él no veía en esas fotografías que se estuvieran realizando trabajos de ejecución, sino únicamente de vaciado del edificio. Sea como fuere, y aunque este Juzgado da más credibilidad a la declaración del testigo, cuyo testimonio ha resultado más sincero, objetivo, desinteresado y reiterado a lo largo de todo el procedimiento, lo cierto es que el acusado no hizo nada ante la ilegalidad que se le ponía de manifiesto. Llama la atención la justificación dada por el acusado a su inactividad: el hecho de que a la vista de las fotografías exhibidas sólo "viera" sillas y hamacas, no dando importancia a lo que decía el celador por el hecho de que él (el acusado) sabía y tenía claro que se estaba vaciando el hotel para sacar el mobiliario. Ahora bien, sorprende que el parecer del acusado pudiera ser más cualificado, hasta el punto de prevalecer sobre lo que el celador de obras municipal -persona de dilatada experiencia, y habituado a visitar obras y a saber cuándo se están ejecutando obras y cuándo no- había constatado personalmente. El celador ha declarado que en esa primera visita vio como se estaban arrojando escombros por el hueco del ascensor, cómo se había colocado un contenedor al que se arrojaban escombros, y cómo, en suma, se estaban realizando obras que excedían del simple vaciado de muebles del hotel. En dichas fotografías se observa que en una de las estancias se habían colocado puntales (folios 9 y 12), lo que denota que algún tipo de actuación se estaba ejecutando en relación a los forjados, lo que excede del mero vaciado. De hecho, se observa que ya se habían retirado los marcos de las puertas, lo que implica ya una actuación en la estructura del edificio que va mucho más allá de la preparación del inmueble para acometer las obras cuando se obtuviera la licencia. Estos trabajos preparatorios son los únicos que, según Rosalía, se comenzaron a ejecutar a primero de octubre de 2008; pero, contrariamente a lo que ella dice, cabe catalogar, al menos a finales de octubre de 2009, más que trabajos preliminares eran trabajos de ejecución.

El acusado ha reconocido que, a raíz de la segunda denuncia (4-11-08), sí se dio cuenta que realmente las obras ya se estaban acometiendo, pese a lo cual no adoptó ninguna de las medidas a que venía obligado por la legislación urbanística. Se ha limitado a decir que contactó con el arquitecto municipal para ver cómo estaba el tema de la licencia, siendo informado por el arquitecto en el sentido de que se habían subsanado las deficiencias puestas de manifiesto a raíz de su informe de fecha 23-10-2008, y que se estaba a la espera de determinada documentación de carácter supramunicipal. Esta fue la explicación que dio el acusado al celador de obras, según ha reconocido éste. Tampoco en esta ocasión el acusado ordenó la adopción de cualquier medida encaminada a paralizar la ejecución de unas obras que notoriamente se estaban ejecutando sin licencia.

La misma inactividad se produjo a raíz de tener conocimiento el acusado de que se había producido por parte del celador, una tercera visita el día 14 de noviembre (folio 29), donde se

sigue apreciando de forma ostensible la continuidad y el claro avance en los trabajos de ejecución. El acusado ha reconocido que no dio ningún tipo de instrucción al celador en relación a la paralización de las obras. Es más, ha declarado que al no volver a recibir ningún otro boletín de denuncia durante las dos semanas siguientes, entendió que las obras se habían parado, o que ya se habían cumplido los trámites pendientes de obtener para la concesión de la licencia. La inactividad en este momento fue patente y reprochable, ya que el acusado no adoptó ningún tipo de diligencia para comprobar cuál era el estado de la licencia -después de que sí había mostrado interés durante los meses anteriores a la hora de comunicar a la promotora cómo estaba la tramitación del expediente. Si contactó con el arquitecto municipal al recibir la segunda denuncia para interesarse por el estado de la licencia, parece lógico que tras recibir la tercera denuncia, hubiera preguntado nuevamente si había llegado ya la documentación cuya recepción diez días antes iba a ser tan inminente, según su parecer. Nada de eso hizo. Es más, como ha declarado el acusado, desde el día 13 de noviembre hasta el día que se cayó el hotel, 16 de diciembre, no tenía ningún dato para pensar que las deficiencias se habían subsanado, sino que él pensó que se arreglarían. Confiando, como se ha puesto de manifiesto, de forma ciega e injustificada -puesto que ninguna comprobación efectuó para concluir lo contrario o para cerciorarse de ello- en que se arreglarían dichas deficiencias, consintió en que persistiera la situación de ilegalidad conforme a la cual se habían estado ejecutando las obras de reforma del hotel Son Moll, incumpliendo la obligación que pesaba sobre él de acordar la paralización de las obras y de incoar el correspondiente expediente sancionador.

Todo ello no hace sino confirmar que el acusado incurrió por omisión en una ilegalidad patente, palmaria y grosera al no proceder, existiendo sobradas y justificadas razones para ello, a la incoación del oportuno expediente sancionador y a la paralización de las obras. Fue tan flagrante dicha ilegalidad que el propio celador de obras ha admitido en el juicio que decidió no volver a levantar ningún boletín de denuncia por la ejecución de las obras, pese a que en diciembre volvió a personarse en la obra, debido al cansancio, hartazgo o desanimo que le produjo el ver que, pese a la existencia de tres denuncias anteriores, el alcalde y el resto de la corporación municipal no habían hecho nada. No solo no se había otorgado licencia, sino que como ha dicho el celador, contrariamente a lo que había sucedido con otras obras y con otras licencias solicitadas al Ayuntamiento, en el presente caso ni siquiera se había presentado proyecto de ejecución junto con el proyecto básico con vistas a la obtención de la licencia, como era preceptivo, para un posterior comienzo de las obras. Para colmo, las obras se habían comenzado e iban avanzando sin que nadie de quien tenía competencia para ello en el Ayuntamiento, hubiera acordado la paralización de las obras y la apertura del expediente sancionador. Todo ello confluyó en la existencia de un comportamiento totalmente arbitrario e injusto.

Como dice la STS 20-10-2003, la arbitrariedad de una resolución radica también en la desigualdad en la que se sitúa

a otros conciudadanos que, en la misma situación, y en el mismo ámbito de decisión, son tratados de forma diferente, discriminatoria y, por tanto, arbitraria. En este sentido, la STS 12-12-2003 considera arbitraria la resolución de un Alcalde que dictó una resolución eximiendo a un vecino de presentar ante la compañía eléctrica, licencia de primera ocupación de una vivienda construida sin licencia. Trasladando esta doctrina de la desigualdad al caso enjuiciado, hay que decir que el "trato de favor" dispensado por el acusado -hay que entender que de forma desinteresada- a la empresa S'ENTRADOR S.L, no solo al permitirle continuar con la realización de las obras de rehabilitación del hotel, una vez que supo que carecían de la preceptiva licencia, sino también no ordenando la paralización de las obras y la apertura de un procedimiento sancionador cuando tuvo conocimiento de la realidad de las obras, contrasta con el trato que se suele dispensar desde el ayuntamiento a cualquier persona que normalmente pretende acometer algún tipo de obra, los cuales se ven obligados a obtener la licencia previa -en cumplimiento de la legalidad administrativa- y, en muchos casos, a demoler lo construido o ejecutado precisamente por carecer de dicha licencia o por no ajustarse lo ejecutado a la licencia solicitada, por no hablar de la paralización inmediata de la ejecución. En este punto, resulta elocuente la declaración del celador cuando ha relatado que, en una ocasión que acudió al hotel debido a que, como consecuencia de las obras que se estaban ejecutando sin licencia, se habían causado daños en la acera del paseo marítimo, él recriminó al jefe de obra que estuvieran acometiendo las obras sin licencia cuando para cualquier otra persona que quisiera acometer la reforma de su casa, se le exigía la obtención previa de la preceptiva licencia. Es decir, que ya el celador municipal era consciente del distinto trato, en este caso de favor, que desde el Ayuntamiento se le estaba dando a la obra acometida por S'ENTRADOR S.L. El colmo de esa arbitrariedad es que el arquitecto municipal, el mismo día del colapso del hotel (folio 272) "cayó en la cuenta" (sic) de que en el hotel se estaban realizando obras de rehabilitación general sin contar con la preceptiva licencia de obras -la cual no se había concedido por "encontrarse pendiente de resolución algunos aspectos relativos a la misma y por falta de aportación de documentos correspondientes a toda una serie de autorizaciones administrativas complementarias al caso"- , "a pesar de haberse efectuado tres denuncias sucesivas por parte del servicio de inspección de obras", y todo ello pese a que el mismo arquitecto ya había tenido conocimiento meses antes, por ser un hecho notorio en la localidad, que las obras ya se estaban ejecutando. En ese momento, el acusado (folio 281), a la vista del informe emitido por los Servicios Técnicos Municipales, firmó un Decreto de Alcaldía en el que visto que se estaban realizando obras de rehabilitación del hotel son Moll "sense la preceptiva llicencia municipal" -algo que él ya sabía sobradamente porque el celador se lo había dicho hasta en tres ocasiones desde finales de octubre de 2008 en un espacio de veinte días- , y de acuerdo con el art. 61 de la Ley 10/90, ordenó la inmediata suspensión de las obra y la incoación de un expediente de infracción urbanística contra promotor, constructor y arquitectos (folio 393).

Teniendo en cuenta la inmediatez entre el colapso del hotel y el dictado de las mencionadas resoluciones, no se puede sino concluir, al ser la única explicación lógica y coherente, que la repentina voluntad del acusado por defender la legalidad urbanística únicamente guardaba relación con su intención de "cubrirse las espaldas" frente al derrumbe producido y frente al estado de ilegalidad en el que se estaban ejecutando las obras de rehabilitación previas a ese derrumbe, estado de ilegalidad que se vio claramente favorecido por la propia inactividad del acusado. Al margen de ese colapso, no se ha acreditado ninguna circunstancia nueva o relevante que hubiera llevado al acusado a darse cuenta el día 16 de diciembre, que las obras se estaban realizando sin licencia. Llama la atención que el acusado haya declarado en el juicio que si no se hubiera caído el hotel, también habría dictado el decreto de paralización de las obras porque la intención de la propiedad era la de subsanar los defectos. Cabe preguntarse cómo lo sabe cuando él mismo ha manifestado que entre el día 13 de noviembre y el 16 de diciembre -fecha del derrumbe- no dio ningún tipo de instrucción al celador para que estuviese pendiente de si las obras se estaban realizando con licencia, o para que se informase sobre si la licencia se había otorgado. Tampoco preguntó al arquitecto municipal sobre tales extremos; ni contó con ningún dato que le llevara a pensar, al margen de su propia suposición, no se sabe amparada en qué motivo, que las deficiencias se arreglarían. Según él, porque pensó que las autorizaciones supramunicipales serían inminentes. No desplegó ningún tipo de interés o diligencia a la hora de comprobar cuál era el estado de la licencia.

En suma, el acusado omitió aquello a lo que por ley venía obligado, y ese no hacer equivalió "de facto", no "de iure" a una concesión (silencio positivo) de la licencia, lo que entraba en una abierta y patente contradicción con el ordenamiento jurídico al no concurrir los presupuestos para el otorgamiento de esa licencia, tal y como formalmente había resuelto el Ayuntamiento.

SEXTO.- Son variados los argumentos ofrecidos por el acusado para justificar que no estuvo pasivo ante las denuncias del celador y, por tanto, para justificar la no incoación del expediente sancionador. En primer lugar, ha manifestado que por la información que le había facilitado el arquitecto municipal, faltaban por incorporar al expediente una serie de documentos de naturaleza supramunicipal para que la licencia se pudiera otorgar, ya que el proyecto presentado se ajustaba a la normativa municipal, una vez que se subsanaron las deficiencias puestas de manifiesto por el informe técnico municipal de fecha 23-10-2008. Ha declarado en el juicio que, una vez subsanadas las deficiencias importantes detectadas en ese segundo informe, las deficiencias que quedaban pendientes eran menores; si bien en otros momentos de su declaración no ha querido desmerecer dichas deficiencias, y las ha considerado igualmente importantes. Con todo ello, lo que viene a insinuar el acusado es que, ajustándose el proyecto básico presentado a la normativa municipal, no parecía tan grave no paralizar las obras cuya licencia formal estaba pendiente de la recepción de determinadas autorizaciones administrativas de otras administraciones públicas.

En modo alguno puede admitirse dicha argumentación. No hay que olvidar que la licencia de obras, tal y como viene definida en la Ley 10/1990 de Disciplina Urbanística, es el acto administrativo mediante el cual adquieren efectividad las posibilidades de parcelación, edificación, demolición, ocupación, aprovechamiento o uso relativo a un suelo o inmueble determinado, previa concreción de lo establecido al respecto en las Leyes, los Planes de Ordenación y el resto de la normativa urbanística. Están sujetos a licencia, entre otros supuestos, las obras de ampliación, modificación o reforma que afecten a la estructura, el aspecto exterior o la disposición interior de los edificios e instalaciones de cualquier clase.

El acto administrativo se ha definido tradicionalmente como cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un órgano de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa. Pues bien, la licencia, como acto administrativa, requiere que el proyecto urbanístico objeto de dicho acto administrativo, se ajuste o cumpla con todas las exigencia y requisitos solicitados por la Administración -en este caso, municipal- para que ésta autorice con dicho acto la ejecución de una determinada actividad; en el caso, la ampliación, modificación o reforma del hotel Son Moll. Dicha licencia es única, es decir, solamente se podrá conceder cuándo ese proyecto reúna toda la documentación, autorizaciones y permisos que exige la Administración en relación a ese determinado proyecto. Esos trámites menores a que alude el acusado guardaban relación con determinadas autorizaciones que debían otorgar de forma preceptiva la Consellería de Turismo y el Departamento de Costa. Sin estas autorizaciones, no se podía otorgar licencia, como así se pronunciaron expresamente el arquitecto municipal y el propio acusado en sus resoluciones de 23 y 24 de octubre, respectivamente; y, sin licencia, en ningún caso podía haberse dado comienzo a la ejecución de las obras. La licencia es un todo, y no puede entenderse tácitamente concedida por el hecho de que el proyecto presentado satisfaga en mayor o menor medida, o se ajuste mejor o peor a la normativa estrictamente municipal. El celador ha hecho referencia a que, en su opinión, el hotel se habría caído igual aunque hubiera estado puesto en las vallas el papel acreditativo de que se había otorgado licencia municipal; pero la importancia de la licencia rebasa la reducción de la misma a un mero documento que autoriza las obras, ya que, como dice la SAP Baleares 20-7-2007, su finalidad radica en ser la expresión de una actividad de policía autorizante en garantía de la seguridad pública.

Por otro lado, en la fecha en la que el celador municipal levantó las dos primeras denuncias, 29 de octubre y 4 de noviembre de 2008, todavía no se habían subsanado las graves deficiencias de volumen y capacidad que apreció en arquitecto municipal en su informe de 23 de octubre. La entidad promotora no presentó la documentación necesaria para subsanar tales deficiencias hasta el día 6 de noviembre de 2008 (folio 264), no existiendo un pronunciamiento expreso del arquitecto municipal respecto de dicha documentación hasta el día 13 de noviembre siguiente. Si, como entiende el acusado, únicamente restaban ciertas autorizaciones administrativas que ya habían

sido solicitadas y que no afectaban a la compatibilidad del proyecto con la normativa municipal, bien pudo el arquitecto municipal haberse pronunciado afirmativamente sobre la concesión de la licencia, o haber otorgado una licencia condicionada a la recepción de esa documentación. Sin embargo, en todos los casos, el informe técnico fue desfavorable. Si en ese momento el acusado no consideró que la ausencia de dicha documentación era suficiente para paralizar una obra que él sabía que eran ilegales porque carecían de licencia, y para incoar un expediente sancionador; no se entiende por qué el mismo día de caerse el hotel, faltando la misma documentación que hasta esa fecha no había justificado la paralización de las obras, sorprendentemente, tanto el arquitecto municipal como el acusado consideraron entonces relevante la ausencia de dicha documentación -que había justificado la denegación de la licencia-, y consideraron que la ejecución de las obras sin licencia exigía, conforme a la normativa urbanística, la paralización de las obras y la incoación de un expediente administrativo sancionador.

Como una segunda razón exculpatoria, el acusado ha insinuado que actuó de la forma en que se venía actuando por parte de todos los ayuntamientos de Mallorca. Ya hemos hecho alusión a que el acusado ha manifestado que una cosa era la teoría -la incoación de expediente de infracción- y, otra, lo que a él le enseñaron, que tampoco ha concretado. Ciertamente que de existir una forma acostumbrada de actuación por parte de todos los Ayuntamientos, autorizando la ejecución de obras -especialmente de gran envergadura- sin disponer de la pertinente licencia de obras, no estaríamos ante una actuación arbitraria por parte del acusado, aunque, bien mirado, se estaría más bien, ante una arbitrariedad generalizada. Lo generalmente acostumbrado excluye, a los efectos que nos ocupan, la arbitrariedad. Pero en modo alguno ha quedado acreditado que en todos los ayuntamientos, se autorice o consienta la ejecución de obras sin licencia, pese a las reiteradas denuncias de los propios servicios municipales de inspección urbanística. No puede tenerse en cuenta, por tanto, una supuesta "costumbre" o usus fori municipal que no ha quedado acreditado.

En tercer lugar, tampoco se puede entender la explicación dada por el acusado respecto a que no acordó la incoación del expediente de infracción porque eso implicaba una serie de trámites procesales, de traslados de expedientes a las partes para alegaciones, que se habría dilatado en el tiempo, lo que carecía de sentido habida cuenta que la aportación de las autorizaciones municipales pendientes de presentación en el expediente de concesión de licencia era inminente. Esa inminencia habría determinado que el procedimiento sancionador habría quedado sin objeto. Ya hemos hecho referencia a que, según el acusado, él no tenía ningún elemento de juicio para pensar durante el mes inmediatamente anterior al derrumbe que las autorizaciones llegarían, a fin de subsanarse así las deficiencias advertidas por el arquitecto municipal para la concesión de la licencia. Ninguna gestión realizó para verificar que esas autorizaciones habían llegado, a fin de, caso contrario, ordenar la paralización de las obras ejecutadas sin licencia. Simplemente se ha limitado a decir que él supuso que sería así. De hecho, ha manifestado que la

autorización de la Consellería de Turismo para el cambio de categoría del hotel llegó el 23 de diciembre, es decir, una semana después del derrumbe, por lo que era cuestión de tiempo.

Sin poder negar que la mencionada autorización consta al folio 305, es igualmente cierto que el resto de autorizaciones requeridas por el Ayuntamiento no se han aportado, a fin de reforzar las afirmaciones del acusado de que su aportación iba a ser inminente. Lo que sí constan en el expediente administrativo 1-51/08 son sendas resoluciones del Departamento de Territorio del Consell de Mallorca (folios 294 y ss.) dirigidas al Alcalde del Ayuntamiento de Capdepera, en las que se inadmiten las distintas solicitudes presentadas por Rosalía Vidal, en representación de S'ENTRADOR S.L, al haber perdido su objeto esa solicitud, precisamente a la vista de las circunstancias sobrevenidas de "público y manifiesto conocimiento" (folio 298), y a la vista de los informes técnicos elaborados el 18-12-2008. Tales informes son consecuencia y se elaboran precisa y casualmente a raíz del derrumbe, ignorando este Juzgdo en qué fecha habrían resuelto afirmativamente las autorizaciones solicitadas por la promotora, de no haberse producido dicho siniestro. Por eso, no hay elementos de juicio objetivos que permitieran al acusado pensar ex ante, que esas autorizaciones iban a ser inminentes.

Por otro lado, llama la atención que, primero, teniendo en cuenta la urgencia de la promotora por ejecutar las obras; segundo, que dichas obras estaban sujetas al hecho de que, a partir de los meses de marzo o abril, no podrían seguir ejecutando obras en la estructura del hotel, por impedirlo la normativa municipal; y, tercero, que el hotel se quería abrir para la temporada 2009, lo cierto es que en la fecha del derrumbe se podían haber ejecutado de facto la mitad de la obras, ya que se había consumido casi la mitad del periodo en el que debían ejecutarse las mismas. Es decir, casi la mitad de las obras ya se habían ejecutado sin licencia, por lo que no hay que excluir la posibilidad de que la licencia municipal se pudiera haber otorgado finalmente cuando las obras estuvieran ya próximas a su finalización, pretendiéndose de esta forma por parte de la promotora que dicha licencia amparase la legalidad de unas obras que, en buena parte, se habían ejecutado de forma ilegal al carecer de licencia, circunstancia que, al menos hasta la fecha del colapso, único acontecimiento que hizo "reaccionar" al acusado, éste había estado amparando de forma arbitraria.

Resulta arbitrario, por tanto, el hecho de que el acusado pudiera decidir, en función de determinadas circunstancias no previstas legalmente, sobre la incoación o no del expediente de infracción urbanística. Nada prevé la ley sobre la no apertura del expediente cuando se prevea que en breve, perderá su objeto, puesto que el hecho de que la licencia se otorgue con posterioridad a esa apertura, no implica que se legalice retroactivamente una situación de ilegalidad existente en el momento de la incoación. Esta circunstancia, unida a la ya mencionada posibilidad de que, teniendo en cuenta el ritmo que se había imprimido a las obras, éstas se encontraban en un estado de ejecución avanzado, pese a que no se contaba con

licencia, daría lugar a una situación contraria frontalmente al ordenamiento jurídico, puesto que de poderse actuar de esta forma, la normativa urbanística devendría innecesaria por inútil al quedar la concesión de las autorizaciones urbanísticas, al arbitrio de las decisiones particulares y no regladas de quienes deben velar por el respeto y cumplimiento del ordenamiento urbanístico en defensa de los intereses generales.

Por último, hay que hacer referencia a las alegaciones de la defensa, respecto a que ha sido precisamente la caída del hotel lo que ha dado lugar a la incoación de un procedimiento por prevaricación contra el acusado que, de otra forma, no existiría. Este Juzgado acepta tal conclusión como razonable, en términos hipotéticos; pero no porque se vincule la actuación del acusado con la caída de hotel, vinculación que no hacemos, sino porque de no haberse caído el hotel Son Moll, probablemente no se habría tenido conocimiento, en el orden penal, de la forma en la que se estaban ejecutando las obras, ya no solo desde el punto de vista de la ejecución en sí, sino también y, por lo que al caso compete, desde el punto de vista administrativo. Es decir, no habríamos tenido conocimiento de que el Ayuntamiento de Capdepera, con su alcalde a la cabeza, había estado permitiendo la ejecución de unas obras ilegales por carecer de licencia. Prueba de ello es que, como hemos comentado, inmediatamente después de producirse el siniestro, tanto el arquitecto municipal como el acusado trataron de "lavar la cara" a su actuación precedente, acordando la suspensión de las obras y la incoación del expediente de infracción urbanística por la ejecución de las obras sin licencia cuando ya existían hasta tres denuncias al respecto por parte del celador, algo que, como ya hemos repetido en varias ocasiones, era sobradamente conocido por ellos. El acusado lo ha reconocido expresamente, mientras que el arquitecto municipal ha admitido la posibilidad de que hubiera escuchado que las obras se estaban ejecutando mientras se estaba tramitando la licencia, además de que el celador ha manifestado que informó al arquitecto de lo que estaba sucediendo.

SEPTIMO.- Por último, concurre el elemento subjetivo del delito. El acusado, a sabiendas de que las obras eran ilegales porque carecían de licencia -algo que él ha reconocido-, no hizo caso a las denuncias presentadas por el celador y, por tanto, ni acordó la paralización de las obras ni la incoación del expediente de infracción urbanística, concurriendo los presupuestos para ello. Al contrario, permitió, sino convino con ella, que la empresa promotora continuara con la ejecución de unas obras que S'ENTRADOR S.L decidió unilateralmente empezar antes de obtener la licencia, y ello porque le urgía ese comienzo con el fin de poder realizar cuanto antes las obras de rehabilitación del hotel Son Moll, con vistas a que no les afectara la prohibición municipal para ejecutar obras en la localidad a partir del mes de marzo-abril de 2009, y con vistas a poder concluir las obras para explotar el hotel esa misma temporada. No es descartable que el acusado actuara de la forma en que lo hizo, es decir, permitiendo la ejecución de las obras sin licencia, con el fin de "ayudar" a los intereses económicos de la promotora evitando la incoación de un expediente sancionador contra ella mediante la técnica de

dejar pasar el tiempo hasta que llegasen las autorizaciones administrativas pendientes, tramites que, de alguna manera, él debió considerar menores, y que habrían permitido a la larga -aunque no se sabe cuándo- legalizar a posteriori las obras inicialmente ilegales. De otra forma no se entiende su persistencia en no hacer caso, sin motivo racional, a las denuncias que le presentó reiteradamente el celador de obras por el hecho de que las obras se estaban ejecutando sin licencia. Quizá dentro de esta cierta connivencia deban encuadrarse las afirmaciones del testigo Bartolomé Estelrich, respecto a que la propiedad le dijo que tenía la conformidad de palabra del alcalde -del acusado- para comenzar las obras.

En suma, valorando en conjunto toda la prueba practicada, este Juzgado considera que se ha practicado, conforme a los principios de igualdad, inmediación, contradicción, concentración y asistencia letrada, una prueba de cargo con la suficiente entidad como para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

OCTAVO.- Como ya hemos indicado, del delito de hurto referido es responsable penal, en concepto de autor, D. Bartomeu Alzina Sureda, por su participación directa, personal material y voluntaria en la ejecución del mismo.

NOVENO.- No concurren en el acusado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. A la hora de proceder a la individualización de la pena, hay que tener en cuenta que el art. 66.6 del Código Penal dispone que, si no concurrieran circunstancias atenuantes ni agravantes, los Jueces y Tribunales impondrán la pena prevista legalmente para el delito de que se trate en la extensión que consideren oportuna, en atención a la mayor o menor gravedad del hecho, y a las circunstancias personales del delincuente. Este Juzgado considera que deben valorarse una serie de circunstancias, tales como la consideración del acusado como autoridad, al ostentar no solo la condición de alcalde, sino también la de regidor de urbanismo, lo que le confería un mayor papel de garante del ordenamiento jurídico por cuyo cumplimiento debía velar; en segundo lugar, el número de comunicaciones o denuncias que le presentó el celador de obras en muy poco tiempo; tercero, que no consta acreditado que la actuación del acusado hubiera tenido algún tipo de contraprestación; y, por último, la ausencia de antecedentes penales del acusado. Por ello, resulta razonable imponer la pena de ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

DECIMO.- Las costas del presente procedimiento deben ser satisfechas por D. Bartomeu Alzina Sureda, al ser declarada responsable criminal, conforme a los artículos 123 del código penal y 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación del Código Penal y de la legislación orgánica y procesal, en nombre de S.M el Rey.

FALLO

Que debo **condenar y condeno** a **D. Bartomeu Alzina Sureda**, cuyas circunstancias personales ya constan, como autora responsable de un delito de prevaricación previsto y penado en el art. 404 del Código Penal, en su modalidad de comisión por omisión, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, **a la pena de ocho años de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público, así como al pago de las costas.**

Para el cumplimiento de la pena se abonará el tiempo que durante la tramitación de la causa, el condenado estuvo privado de libertad, privación que no se ha producido.

Remítase la causa, una vez firme la sentencia, al Juzgado de lo Penal nº 8 de Palma, a efectos de ejecución de la misma.

Una vez firme la presente resolución, participé a los efectos oportunos al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Notifíquese la presente resolución. A los efectos del artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial se informa que la presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en ambos efectos en este Juzgado para ante la Audiencia Provincial en el plazo de DIEZ días desde su notificación.

Así por ésta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Sr. Magistrado-Juez de lo Penal que la subscribe en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública con mi asistencia el Secretario, doy fe.