ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

00002/2016
00002/2016

SENTENCIA: 00002/2016

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 80/2015

SENTENCIA

Ourense, 7 de enero de 2016.

Vistos por Noemí González Camba, Juez del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Ourense, los presentes autos de Procedimiento Abreviado 80/15 dimanantes de las Diligencias Previas 474/13 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Ourense, seguidos por delitos de prevaricación urbanística y prevaricación administrativa y en los que son acusados, DÑA. AUREA ELENA SOTO VÁZQUEZ, con DNI xxx, nacida en Ourense el 27/07/1962, asistida por la Letrada Dña. Elena Díaz Valverde y representada por la Procuradora María Gloria Sánchez Izquierdo y, D. CARLOS HERNÁNDEZ LÓPEZ, con DNI xxx, nacido en A Coruña el 12/01/1952, asistido por el Letrado D. José Luis Gutiérrez Aranguren y representado por la Procuradora Dña. María Gloria Sánchez Izquierdo; comparece como acusación popular, Dña. Cristina Rodríguez Martínez asistida por el Letrado D. Antonio Feijoo Miranda y representada por el Procurador D. Francisco Pérez Pérez; y en los que ha intervenido el Ministerio Fiscal, se dicta la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dio lugar a la formación de esta causa la denuncia presentada por Dña. Susana Gómez Valencia como representante del grupo municipal de Democracia Ourensana en el Concello de Ourense. Dicha denuncia motivó la práctica por el juzgado instructor correspondiente de cuantas actuaciones consideró necesarias para la determinación del procedimiento aplicable y preparación del juicio oral, así como en orden a la averiguación y constancia de la perpetración del hecho punible, circunstancias en el mismo

concurrentes y culpabilidad de los presuntos partícipes.

SEGUNDO.- El juicio oral se celebró los días 17 y 18 de noviembre de 2015 y en él se practicaron, con el resultado que obra en autos, las siguientes pruebas:

- interrogatorio de los acusados,

- examen de los siguientes testigos:

1. Dña. Aurora Montero Fernández
2. D. Luis María Tros de Ilarduya Guerendiain
3. Dña. Begoña Carbajales Domínguez
4. Ana María Blanco Nespereira
5. Cándido Ortells Carbonell
6. Odilo Montero Fernández

- pericial de:

1. D. Demetrio Losada Vázquez y Gregorio Martínez
2. D. Álvaro Fernández Carballada y Beatriz Aneiros Figueira.
3. D. José Ramón Rodríguez Varela
4. D. Francisco Javier Rivas Barros

- documental.

TERCERO.- En el acto del juicio, el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales y solicitó la condena de Aurea Elena Soto y de Carlos Hernández, como autora y cooperador necesario respectivamente, de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal (CP) en relación con el artículo 404 CP, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de diez años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y multa de 20 meses con una cuota diaria de 20 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP, en caso de impago. Para el caso de dictarse sentencia condenatoria, el Ministerio Fiscal solicitó que se declaren nulos los acuerdos adoptados como consecuencia de la conducta prevaricadora.

La acusación popular elevó a definitivas sus conclusiones provisionales y solicitó la condena de Aurea Elena Soto:

a) como autora, de un delito contra la ordenación del territorio (prevaricación urbanística) del artículo 320.2 CP, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años y multa de 12 meses a razón de diez euros diarios;

b) como autora de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años;

c) como autora de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP en su modalidad omisiva, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años.

La acusación popular solicitó que, con carácter subsidiario, los tres delitos que en concurso real se imputan a Aurea Elena Soto, se califiquen como un delito continuado de prevaricación en sus modalidades de urbanística y administrativa.

Asimismo, esta acusación popular solicitó la condena de Carlos Hernández como cooperador necesario de un delito contra la ordenación del territorio (prevaricación urbanística) del artículo 320.2 CP, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 años y multa de 12 meses a razón de diez euros diarios.

Por último, esta parte solicitó la condena de los acusados al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación popular.

Por su parte, los Letrados de los acusados pidieron la libre absolución de sus defendidos.

CUARTO.- Finalizado el juicio, se concedió a los acusados el derecho a la última palabra y quedaron los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La acusada, Aurea Elena Soto Vázquez, mayor de edad, sin antecedentes penales y arquitecta especializada en urbanismo, fue concejal delegada de urbanismo en el Ayuntamiento de Ourense desde junio del año 2007 hasta enero de 2015.

El acusado, Carlos Hernández López, mayor de edad, sin antecedentes penales, prestó servicios como abogado en el servicio de urbanismo del Ayuntamiento de Ourense desde el año 2007 hasta el año 2014.

SEGUNDO.- A petición de la concejal de urbanismo del Ayuntamiento de Ourense, el abogado Carlos Hernández emitió un informe, de 17 de octubre de 2007, sobre la posible legalización de las edificaciones situadas en la Plaza de San Antonio afectadas de sentencias firmes anulatorias de las licencias otorgadas. En dicho informe el Letrado concluyó que era posible la legalización, pues con arreglo al PXOM vigente del año 2003, la zona constituye un "espacio exterior libre de parcela".

A la vista de dicho informe, Aurea Elena Soto, dictó providencia de 16 de noviembre de 2007, incoando expediente para la legalización las citadas edificaciones y dando traslado a los servicios técnicos del departamento de urbanismo para que emitiesen el correspondiente informe, que fue dictado el 3 de diciembre de 2007. El 4 de diciembre de 2007, Aurea Elena Soto elevó a la Junta de Gobierno Local la propuesta de concesión, en vía de legalización, de las licencias de obra, construcción y ocupación para el complejo edificatorio situado en la Plaza de San Antonio.

Por acuerdo de 5 de diciembre de 2007, la Junta de Gobierno

Local en sesión extraordinaria, concedió a "Construcciones Hermanos Carrajo, S.A.", en vía de legalización, licencias urbanísticas de obra, construcción y ocupación para el complejo edificatorio situado en la Plaza de San Antonio, conforme a la providencia de incoación del expediente, al dictamen jurídico de 17 de octubre de 2007 y al informe técnico de 3 de diciembre de 2007 emitido por tres técnicos municipales.

No ha quedado probado que las resoluciones anteriores dictadas por los acusados contraviniesen de modo claro y manifiesto el derecho vigente en aquel momento, ni tampoco que se hubiesen omitido normas esenciales del procedimiento en relación al proceso de otorgamiento de citadas licencias urbanísticas.

TERCERO.- El 26 de diciembre de 2007, Aurea Elena Soto dictó providencia solicitando al arquitecto municipal la emisión de un informe sobre la pérdida de valor del inmueble propiedad de Aurora Montero. Dicho informe, de 3 de enero de 2008, establecía como posible indemnización la cantidad de 358.528 euros. Esta cantidad fue propuesta como indemnización sustitutoria a abonar a la perjudicada en caso de que se declarase la inejecución de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de10 de junio de 2004, tal y como se solicitaba en el escrito de 11 de enero de 2008 planteado ante este Tribunal por la vice asesora jurídica del Ayuntamiento de Ourense, Ana Blanco Nespereira.

Aproximadamente un año más tarde, Aurora Montero hizo saber a Ana Blanco su intención de aceptar la indemnización propuesta por el Ayuntamiento de Ourense en el incidente de inejecución que finalmente resultó desestimado, a cambio de olvidarse de todos los procedimientos judiciales por ella incoados y relativos a la citada Plaza de San Antonio. Así, por escrito de 16 de febrero de 2009, Ana Blanco propuso a la Junta de Gobierno Local, aprobar el borrador de convenio a suscribir entre el Ayuntamiento de Ourense y Aurora Montero por que se abonaría a ésta, en concepto de indemnización sustitutoria, la cantidad de 358.528 euros y, autorizar a Aurea Elena Soto para que firmara el citado convenio como representante de Ayuntamiento de Ourense. Dicha propuesta fue aceptada por la Junta de Gobierno Local por acuerdo de 5 de marzo de 2009, efectuándose la

firma del convenio definitivo el 17 de marzo de 2010.

No ha quedado probado que la acusada dictase en este procedimiento, resolución oral ni escrita decisoria en cuanto al pago de la indemnización a la perjudicada. No se ha probado que la concejal de urbanismo decidiese la cantidad concreta que se debía abonar a Aurora Montero con el fin de que ésta desistiese de todos los procedimientos judiciales relativos a la Plaza de San Antonio.

CUARTO.- No ha quedado probado que la acusada, Aurea Elena Soto, omitiese de modo arbitrario e intencionado el deber de resolver la solicitud de revisión de oficio de las licencias dadas por la Junta de Gobierno Local de 5 de diciembre de 2007 formulada por Cristina Martínez mediante escrito presentado ante el Ayuntamiento el 14 de febrero de 2011. Dicha solicitud fue desestimada por silencio administrativo al transcurrir el plazo legalmente previsto sin dictarse resolución expresa. Frente al silencio desestimatorio de la pretensión formulada, la interesada interpuso el 18 de mayo de 2011 ante el Juzgado de lo Contencioso administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al relato de hechos probados se ha llegado valorando en conciencia la prueba practicada en el acto de juicio bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción y partiendo del principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24 de nuestra Constitución Española y en diversos Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 11.1), el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 (art. 6.2), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14.2) y, por tanto, teniendo presente el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en los mismos del inculpado.

Este derecho fundamental, como recuerda la reciente

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 3067/2015 de 7 de julio y la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras STC 86/95,34/96 Y 157/96), exige la existencia de una suficiente prueba de cargo para desvirtuar la presunción iuris tantum que supone el citado derecho, prueba que debe realizarse con todas las garantías y ser practicada ante el juez, con contradicción de las partes y publicidad, habiéndose conseguido además los medios probatorio llevados sin lesionar derechos o libertades fundamentales.

Conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 CE se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde efectuarla a los Jueces y Tribunales por imperativo del artículo 117.3 CE y de otro, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuarla, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del acto punible, como en todo a lo atinente a la participación y responsabilidad que en el mismo tuvo el acusado.

Por lo que respecta a la segunda de las exigencias apuntadas, esto es, a los actos o medios de prueba, es doctrina consolidada de dicho Tribunal, desde la Sentencia 31/81, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vincules a los órganos de justicia penal en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el acto de juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio, que en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de este sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes.

Así, no basta tampoco que se haya practicado prueba o incluso que se haya practicado con gran amplitud, sino que el

resultado de la misma ha de ser tal que racionalmente pueda determinarse de cargo, es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la comisión del hecho imputado y la culpabilidad del acusado.

SEGUNDO.- Constituye el objeto de la acusación pública y popular, la calificación de los hechos objeto de las presentes actuaciones como constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.2 CP en relación con el artículo 404 CP, del que los acusados, Aurea Elena Soto y Carlos Hernández, serían criminalmente responsables en concepto de autora y de cooperador necesario respectivamente.

En síntesis, ambas acusaciones consideran que los acusados incurrieron en esta conducta típica porque, la concejal de urbanismo del Ayuntamiento de Ourense en el año 2007, Aurea Elena Soto, a pesar de que conocía la sentencia del TSJG de 10 de junio de 2004, que establecía la titularidad pública del subsuelo de la Plaza de San Antonio y la opinión contraria a la legalización para su uso privativo de los funcionarios del Ayuntamiento, encargó a un abogado externo de su confianza, el también acusado, Carlos Hernández, un informe sobre la posibilidad de legalizar las obras y poder así presentar un incidente de inejecución de la citada sentencia ante el TSJG. Carlos Hernández emitió un informe favorable a la legalización de lo construido y al planteamiento del incidente de inejecución, prescindiendo de los pronunciamientos del TSJG sobre el carácter público del subsuelo. Obtenido dicho informe jurídico, Aurea Elena Soto dictó Providencia de 16 de noviembre de 2007 e incoó expediente de legalización, dando traslado a los técnicos del Ayuntamiento para que emitiesen un informe partiendo de las conclusiones del informe emitido por su abogado de confianza. Con estos antecedentes, la Junta de Gobierno Local en sesión extraordinaria de 5 de diciembre de 2007, aprobó la propuesta formulada por la concejal y concedió en vía de legalización, licencia urbanística de obra, construcción y ocupación a "Construcciones Hermanos Carrajo

S.A." para la edificación sita en la Plaza de San Antonio que incluye tres plantas de garaje que ocupan la parcela bajo rasante.

Asimismo, constituye objeto de la acusación popular, la calificación de los hechos objeto de las presentes actuaciones como constitutivos de dos delitos de prevaricación administrativa del artículo 404 CP de los que sería autora la acusada, Aurea Elena Soto.

A este respecto, sostiene la acusación que la concejal de urbanismo incurrió en este hecho punible porque propuso a la Junta de Gobierno Local y votó como miembro de la misma en sesión celebrada el 5 de marzo de 2009, a favor de la aprobación de un Convenio entre el Ayuntamiento de Ourense y Aurora Montero por el que se reconocía a ésta una indemnización de 358.528 euros como suma resarcitoria no fijada en resolución judicial y a sabiendas de la injusticia de dicha suma, pues no se correspondía con el perjuicio efectivamente causado a la perjudicada a raíz de la inejecución de la sentencia del TSJG de 2004 que le reconocía el derecho al derribo de lo construido, y con el único propósito de Aurora Montero desistiese de los recursos contencioso administrativos por ella interpuestos contra los acuerdos de legalización de las licencias de 5 de diciembre de 2007.

En tercer lugar, la acusación popular atribuye a Aurea Elena Soto la comisión de un delito de prevaricación administrativa por omisión debido a que, siendo consciente de la ilegalidad de las licencias de legalización otorgadas respecto al subsuelo de la Plaza de San Antonio, se abstuvo del deber legal de dar trámite, proponer a la Junta y votar positivamente la solicitud de revisión de oficio promovida por Cristina Rodríguez, mediante escrito presentado ante el Ayuntamiento de Ourense el 14 de febrero de 2011. De este modo, argumenta la acusación popular, la acusada se negó a restablecer la legalidad objeto del expediente de revisión, a pesar de estar obligada a hacerlo y con su silencio desestimó tácitamente la solicitud de revisión.

TERCERO.- Centrado el objeto de acusación, se ha de tener presente que el relato de hechos declarado probado, apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del juicio, ha quedado acreditado, fundamentalmente, por las declaraciones de los acusados, las declaraciones testificales de Aurora Montero Fernández, Luis María Tros de Ilarduya Guerendian, Begoña Carbajales Domínguez, Ana María Blanco Nespereira, Cándido Ortells Carbonell, Odilo Montero Fernández; por la pericial practicada por Gregorio Martínez Montero y Demetrio Losada Vázquez, Álvaro Fernández Carballada y Beatriz Aneiros Filgueira, José Ramón Rodríguez Varela y Francisco Javier Rivas Barros, declaraciones contrastadas con las efectuadas con las debidas garantías en el Juzgado de Instrucción; así como por la abundante documental incorporada a las actuaciones.

Aurea Elena Soto explicó en el acto de la vista que, cuando se incorporó a la Concejalía de Urbanismo del Ayuntamiento de Ourense en el año 2007, respecto a la situación de la Plaza de San Antonio, leyó el incidente de inejecución planteado en el año 2006 por Ana Blanco, en el que se argumentaba que el PXOM de 2003 permitía la titularidad privada del subsuelo. Expuso que, a la vista de de este informe, de la resolución del TSJ indicando que era precisa la legalización para estimar la inejecución y la premura para resolver debido a que los propietarios llevaban esperando desde 2007, recurrió a un abogado experto en urbanismo que podía ofrecer una visión no sesgada por la situación que afectaba al Ayuntamiento y le encargó un informe jurídico para resolver las dudas que ella tenía respecto a las determinaciones del PXOM de 2003 en este ámbito y, en dicho informe, el Letrado concluye que es correcto el planteamiento formulado por la vice asesora en el primer incidente de inejecución y que el subsuelo es privado. Explicó la acusada que, ante estos documentos y existiendo dos solicitudes que pedían la incoación del expediente de legalización, dictó la Providencia de 16 de noviembre de 2007 por la que incoó expediente de legalización y dio traslado a los técnicos del Ayuntamiento del informe jurídico de Carlos

Hernández. Negó Aurea Soto haber ordenado a los técnicos que informasen en un determinado sentido, sino que sólo les indicó que existía dicho informe y que lo evaluasen. Aurea Elena Soto manifestó desconocer que parte de los asesores del Ayuntamiento eran contrarios a la legalización, pues nadie se lo manifestó verbalmente. Asimismo, sostuvo que no pidió informe jurídico a los Letrados del Ayuntamiento, pues ya contaba con el escrito de Ana Blanco del primer incidente de inejecución y que ella, como concejal, remitió a la Junta de Gobierno Local la propuesta de concesión de las licencias acompañada de un informe jurídico y de uno técnico, siendo además en aquella época jefe de departamento, Cándido Ortells. En cuanto a la indemnización pagada por el Ayuntamiento a Aurora Montero, Aurea Soto explicó que, antes de plantear al TSJG el segundo incidente de inejecución, solicitó al arquitecto municipal un informe con el fin de calcular la indemnización que, en su caso, correspondería a la perjudicada y que, propuesta dicha cantidad en el expediente de inejecución planteado por la vice asesora jurídica, Ana Blanco, se desentendió del asunto. Precisó que ella no estimó de consideración pagar dicha cantidad y que tampoco hubo elección por nadie porque el informe era concluyente. Asimismo, manifestó desconocer quién redactó el convenio celebrado entre el Ayuntamiento y Aurora Montero, pero supone que sería Ana Blanco, pues era la persona encargada y quien, finalmente, propuso a la Junta de Gobierno su aprobación. Finalmente, respecto a la petición de revisión de licencias presentada por Cristina Martínez en febrero de 2011, la acusada sostuvo que no sabía de dicha solicitud, pues eran numerosos los escritos presentados y la situación urbanística en aquella época era impresionante y no había gente ni tiempo para responder a todo.

Carlos Hernández comenzó su declaración explicando que la concejal de urbanismo del Ayuntamiento de Ourense, le pidió que elaborase un informe sobre la situación urbanística de unas edificaciones situadas en la Plaza de San Antonio, a los efectos de su posible legalización, ya que existía un problema

grave, pues se había rechazado la inejecución y acordado el derribo de dos edificios. La conclusión a la que llega en su informe es que, el PXOM de 2003 otorga a esa parcela carácter privado, concretamente "espacio libre de parcela", y que por ello es posible su legalización. Indicó además que el PXOM de 2003 presentaba una serie de deficiencias y contradicciones y que por ello era necesaria su interpretación, no obstante, considera que su informe no contraviene las sentencias dictadas por el TSJG, pues su informe y las licencias se dan bajo la vigencia del Plan de 2003 y además, el Ayuntamiento estaba obligado a otorgar las licencias, pues se trata un acto reglado. El acusado reconoció saber que su informe era para promover un incidente de inejecución y que Ana Blanco discrepaba de sus conclusiones, si bien ella misma planteó el incidente de inejecución, sin manifestar nada contrario por escrito.

Aurora Montero, Letrada de profesión y copropietaria de una vivienda en la calle Bedoya núm. 13, 1ºA de la ciudad de Ourense, explicó que en el año 1995 inició un procedimiento contencioso administrativo por un problema de vistas debido a la construcción de edificios en la denominada Plaza de San Antonio y que, posteriormente, también recurrió las licencias concedidas en dicho lugar por el Ayuntamiento de Ourense y la modificación puntual del PXOM realizada en el año 1995, el PXOM del año 2003, así como las licencias concedidas por el Ayuntamiento por vía de legalización en el año 2007. Aurora Montero explicó que, encontrándose cansada tras 15 años de litigios, decidió aceptar la propuesta de indemnización formulada por el Ayuntamiento de Ourense en el segundo incidente de inejecución planteado en el año 2008 ante el TSJG y para ello se puso en contacto con la Letrada del Ayuntamiento, Ana Blanco, a quien conocía por haber coincidido con ella en diferentes procedimientos judiciales. Expuso además esta testigo que firmó un Convenio con el Ayuntamiento de Ourense aceptando la cantidad de 358.528 euros y la condición de desistir de todos los procedimientos judiciales.

También declaró como testigo, Luis María Tros de Ilarduya, titular de la asesoría jurídica del Ayuntamiento de Ourense en los años 2004-2014, quien explicó que él no se encargó de los informes relativos a la Plaza de San Antonio, sino que este tema correspondió a la Letrada Ana Blanco. En cuanto al proceso de concesión de licencias urbanísticas indicó que en este caso, a diferencia de materia de contratación, no le corresponde a él emitir un informe de propuesta resolución, sino que en la relación de puestos de trabajo del Concello, habrá un funcionario del servicio de urbanismo al que le corresponda informar, pero que al final tiene que haber una propuesta de resolución que el Concejal correspondiente remitirá con su firma y expediente al órgano al que le corresponde resolver, el cual, en su caso, pedirá más informes sino está conforme y aprobará, teniendo en cuenta que las licencias son regladas. En cuanto al recurso por parte del Ayuntamiento a informes externos, explicó que el informe elaborado por el Letrado Carlos Hernández en el asunto de la Plaza de San Antonio no era el primero que encargaba por parte del Concello, sino que eso es decisión del alcalde o del concejal, pues la ley permite ese otro informe. En este sentido expuso que según la Ley de Ordenación Urbanística de Galicia (LOUGA) son necesarios para el otorgamiento de licencias dos informes: uno jurídico y uno técnico, pero que esta norma no precisa quién ha de emitirlos y por ello ha de acudirse al Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las entidades locales (ROF) que precisa que el Jefe de Dependencia emitirá un informe propuesta y que tras éste, se pueden pedir otros informes externos.

Begoña Carvajales Domínguez, Técnico de la Administración General (TAG) en el Ayuntamiento de Ourense desde el año 2007 y miembro del departamento de licencias desde el año 2008, reconoció su informe de 18 de enero de 2011 (folios 220-222) relativo a si, según la normativa vigente, sería posible la titularidad privada y la concesión de licencia de actividad de un aparcamiento en el subsuelo de la Plaza de San Antonio. Esta

testigo explicó que al elaborar dicho informe desconocía las Sentencias de TSJ de Galicia y que acudió al PXOM vigente de 2003 comprobando que existían unos 13.000 m² que se calificaban como suelo dotacional zona verde que tenían que ser obligatoriamente cedidos y que por ello acudió a la LOUGA, que indica que las cesiones obligatorias comprenden vuelo, suelo y subsuelo, concluyendo que el suelo es de titularidad pública y que por ello sólo se pueden dar licencias a quien gane una concesión. Begoña también reconoció el informe 27 de enero de 2012 (folios 1245-1251) relativo a la solicitud de la Tesorería General de la Seguridad Social de licencia de obra para un local en el subsuelo de la plaza de San Antonio, respecto al cual explicó esta testigo que sí había tenido en cuenta las Sentencias firmes del TSJ de Galicia, según las cuales la cesión es obligatoria, el suelo y el subsuelo van unidos necesariamente y el subsuelo sólo puede explotarse por el Concello mediante concesión. Debido a ello, concluye que no hay que interpretar el PXOM porque el subsuelo es público. Precisó además, que en todo expediente de licencias ha de figurar un informe jurídico de propuesta resolución de un TAG del Ayuntamiento.

Ana Blanco Nespereira, indicó que es Letrada consistorial desde hace 18 años y vice asesora jurídica del Concello de Ourense, en caso de ausencia de su titular, desde el año 2005. Asimismo, reconoció haberse encargado como Letrada del procedimiento judicial relativo a la Plaza de San Antonio y haber planteado ante el TSJG los dos incidentes de inejecución respecto de la Sentencia de este Tribunal de 10 de junio de 2004, que anulaba las licencias de construcción, ocupación y apertura relativas a dicho lugar, así como la modificación puntual del PXOM del año 1995 y decretaba la demolición de lo construido a su amparo. Respecto al primer incidente de inejecución planteado en el año 2006, esta testigo indicó que, inicialmente, el Ayuntamiento de Ourense sostenía que la cesión que le había sido realizada en dicha zona por la Congregación de las Hermanitas de los Ancianos Desamparados, había sido

voluntaria, pero que tras la Sentencia del TSJ del año 2004, todo el Ayuntamiento asumió que el subsuelo era público y que no podía ser objeto de explotación privada, salvo concesión administrativa. Sostuvo Ana Blanco que tanto Aurea Soto, como el letrado Carlos Hernández, conocían esa postura del Concello, pues ella misma se lo expuso verbalmente en varias ocasiones. Respecto al segundo incidente de inejecución, explicó que, como Letrada del Concello, en base a los acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 5 de diciembre de 2007 y sin entrar a valorar la legalidad de las licencias aprobadas, plateó un segundo incidente de inejecución que finalmente fue estimado por el TSJ. Precisó que en dicho incidente se ofrecía a la perjudicada Aurora Montero, una indemnización sustitutoria para el caso de que se declarase la inejecución. La cantidad ofrecida en dicho incidente fue decidida por Aurea Elena Soto en base al informe técnico elaborado por Cándido Ortells, en el cual se indicaban dos cantidades, sin recordar la testigo si este técnico se decantaba por una de ellas. Ana Blanco continuó explicando que, tras coincidir con Aurora Montero en los Juzgados, ésta le manifestó estar cansada tras tantos litigios y que si el Concello mantenía la cantidad ofertada en el incidente de inejecución, se olvidaba de todo. En este sentido, y tras reunirse con Aurea Elena y con Cándido Ortells, informó la propuesta de indemnización que, junto con el informe técnico fue remitida y finalmente aprobada por la Junta de Gobierno Local, firmándose posteriormente el Convenio con Aurora Montero, pero sin recordar quién lo redactó, si bien estimando lógico, desde el punto de vista jurídico, que en dicho convenio se indicase que, el pago de la indemnización, implicaba el desistimiento de los procesos judiciales. En cuanto a la posibilidad de solicitar por parte del Concello informes jurídicos externos, Ana Blanco explicó que la LOUGA dice que las licencias tienen que tener un informe jurídico y un técnico y que el ROF dice que, según la relación de puestos de trabajo, ha de informar el TAG adscrito a esa dependencia y, en el caso de que quien decida no esté conforme, tiene que pedir un

informe al asesor jurídico del Ayuntamiento desde que Ourense es gran ciudad. No obstante, Ana Blanco reconoció que en el Ayuntamiento de Ourense ha habido informes externos en más ocasiones.

Cándido Ortells Carbonell fue arquitecto del Ayuntamiento de Ourense durante 27 años aproximadamente, Coordinador del Servicio de Urbanismo entre los años 2007 a 2012 a propuesta de Aurea Elena Soto y Jefe del Departamento de Planeamiento y de Gestión. Este testigo reconoció haber elaborado, junto con el arquitecto municipal que había llevado todas las licencias y autorizaciones relativas a la Plaza de San Antonio y con al aparejador municipal que llevó la ordenación en dicho lugar, el informe técnico de 3 de diciembre de 2007 (folios 955 a 952) favorable a la legalización, pues con arreglo al PXOM vigente del año 2003 que no había sido anulado, el espacio abierto era susceptible de aprovechamiento bajo rasante. Este testigo sostuvo que en la elaboración de dicho informe no le fueron impuestas las conclusiones del informe de Carlos Hernández, sino que las tres personas que lo elaboraron estaban completamente de acuerdo con su planteamiento. Asimismo, Cándido Ortells reconoció haber elaborado, a propuesta de la concejal de Urbanismo, el informe técnico de 3 de enero de 2008 (folios 1060 a 1067) por el cual calculó la pérdida de valor del inmueble de Aurora Montero, para el caso de estimación del incidente de inejecución de la Sentencia por la que ésta persona tenía derecho al derribo de una edificación. Para ello este arquitecto tuvo en cuenta el precio de una vivienda nueva de similares características, la depreciación y los daños morales ocasionados y explicó que en dicho informe no incluyó dos cantidades alternativas, sino que estudió distintas posibilidades con el fin de que fuesen valoradas por el departamento que recibiese el informe, en concreto, por el departamento jurídico. Este testigo negó que Aurea Elena Soto le hubiese indicado lo que tenía que valorar y precisó que, ni por parte de Intervención, ni por otro organismo le fue solicitada aclaración o ampliación de dicho informe.

Declaró como testigo, el hermano de Aurora Montero, Odilo Montero Fernández, quien afirmó ser copropietario de la vivienda de la calle Bedoya y desconocer el Convenio de indemnización celebrado entre su hermana y el Ayuntamiento de Ourense.

En cuanto a la prueba pericial, declararon, en primer lugar y a propuesta de la acusación, los arquitectos Demetrio Losada y Gregorio Martínez quienes ratificaron su informe pericial (folios 344 a 370) y explicaron que según el PXOM de 2003, el subsuelo de la Plaza de San Antonio es "sistema local zona verde", o sea, público. Ambos peritos explicaron que en el año 1994 se celebró un Convenio entre la Congregación de los hermanos de los ancianos desamparados y el Ayuntamiento de Ourense, en virtud del cual, los primeros, a cambio de una mayor edificabilidad, cedían al Ayuntamiento un espacio libre público, lo que hoy se conoce como Plaza de San Antonio. Dicha cesión se produjo cuando el Ayuntamiento recibió la obra en el año 2001 y ha de considerarse como una cesión obligatoria tanto en suelo, subsuelo y vuelo, pues así ha sido declarado por el TSJG en las Sentencias de 2001 y 2004. Estos peritos consideran que, con arreglo al PXOM de 2003, era posible legalizar el subsuelo de la Plaza de San Antonio mediante la explotación del aparcamiento por parte del Ayuntamiento o bien mediante concesión administrativa. Asimismo indicaron que el PXOM de 2003, si bien era confuso en algunos aspectos, no en esta zona concreta ya que las Sentencias del TSJG son claras al respecto.

Álvaro Fernández Carballada y Beatriz Aneiros, arquitectos especializados en materia de urbanismo, intervinieron como peritos a propuesta de la defensa y se ratificaron en su informe sobre la posibilidad de legalización de las construcciones existentes en la Plaza de San Antonio con arreglo al PXOM de 2003 (folios 1545-1562). Estos peritos explicaron que para la elaboración de dicho dictamen tuvieron en cuenta el PXOM de 2003, el expediente administrativo y algunas resoluciones dictadas por el TSJG, incluida la Sentencia del año 2004. Sostuvieron que, sin género de duda,

conforme a la normativa vigente al tiempo del expediente de legalización, era posible un aprovechamiento privado en el subsuelo de la Plaza de San Antonio. Explicaron que, el PXOM de 2003, vigente al tiempo de conceder las licencias, se otorgó al amparo de la Ley del Suelo de 1997 y esta norma permitía aprovechamientos privativos en subsuelo aunque tuviesen un uso público en superficie. Sostuvieron además que no existen dudas de que dicho espacio fue siempre privado, pues no hay ningún acto que indique que sea del Ayuntamiento ya que nunca fue cedido, ni nunca se transmitió su titularidad, sino que sólo se permitió un uso público en superficie, siendo objeto de recepción por parte del Ayuntamiento para su mantenimiento y a efectos de responsabilidad civil.

También declaró como perito a propuesta de la defensa, el arquitecto, José Ramón Rodríguez Varela, que ratificó su informe (folios 1563-1582) y sostuvo que informaría favorablemente la concesión de licencias de actividad para aparcamiento en el subsuelo de la Plaza de San Antonio al ser éste privado según el PXOM de 2003. Explicó este perito que en el PXOM de 2003 hay contradicciones entre la trama y las alineaciones y que por ello analizó la trama y consideró que ésta se usa para tramar situaciones que no son suelos de naturaleza pública, pues de ser así, tendrían que estar incluidos dichos espacios en el inventario de equipamiento y zonas libres para justificar los estándares. Según este perito, la calificación del suelo según la leyenda y la trama del PXOM de 2003, sería de sistema local zona verde. No obstante, el PXOM no es claro respecto a la trama, pero sí en las alineaciones y, según éstas, no cabe duda de el subsuelo es privado pues así lo pretendía el planificador.

En último lugar, declaró como perito propuesto por la defensa, Francisco Javier Rivas Barros. Este perito, arquitecto especialista en urbanismo y redactor de la LOUGA como él mismo indicó, ratificó su informe obrante a los folios 1583 a 1605, en el que analiza el informe jurídico de 17 de octubre de 2007 realizado por el abogado Carlos Hernández sobre la situación

urbanística de unas edificaciones sitas en la Plaza de San Antonio a efectos de su posible legalización. Sostuvo este perito que dicho informe es razonado y razonable y que comparte las conclusiones de dicho letrado en cuanto a la clasificación y calificación del suelo, indicando además que dicho informe coincide con escrito de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Ourense por el que se planteó el primer incidente de inejecución en el año 2006. Explicó además, que para la elaboración de su dictamen tuvo en cuenta el Convenio de 1994, la Modificación Puntual de 1995, el PXOM de 2003, las licencias y las Sentencias del TSJ, concluyendo que es posible un uso público en superficie y un aprovechamiento privativo del subsuelo, pues, de haberse producido una cesión lo fue limitada a la superficie, siendo el subsuelo privado. Afirmó también que una Sentencia no puede sustituir a un Planeamiento y que, de la documentación examinada, no le consta que haya más que un uso público por vía de hecho de la superficie de la plaza de San Antonio, desconociendo el título por el que la Administración Pública ostenta ese suelo.

CUARTO.- Expuesta la prueba practicada en el acto del juicio, es preciso examinar detalladamente los tipos penales imputados a los acusados. En este sentido, el artículo 320.2 CP, en su redacción aplicable a los hechos aquí enjuiciados, *sanciona 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 establecen las más recientes sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (entre otras, STS núm. 225/2015, de 22 de abril, STS núm. 497/2012, de 4 de junio y STS núm. 363/2006, de 28 de marzo) "*tal delito no es sino una especialidad del más genérico de prevaricación penado en el artículo 404 CP, 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. En este sentido, como precisa la STS núm. 497/2012, de 4 de junio, con cita de otras precedentes, *en el delito de prevaricación urbanística, la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean 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".*

Ahora bien, interpretando qué debe entenderse por esta infracción de la legalidad urbanística que se adentra en el ámbito penal, señala la STS núm. 815/2014, de 24 de noviembre, "*la dificultad que comporta la delimitación entre la ilicitud administrativa y la penal, pero que con la jurisdicción penal no se trata de sustituir, en modo alguno, a la jurisdicción contencioso administrativa en su labor revisora y de sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos límite en los que la posición de superioridad que proporcionaba el ejercicio de la función pública se usa 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 abuso de poder".* Dicho en otras palabras, la revisión jurisdiccional de actuaciones administrativas para determinar si se ajustan o no a Derecho, corresponde de manera prioritaria a la jurisdicción contenciosa administrativa, que es la especializada en el conocimiento de la aplicación de las normas administrativas. Por ello, la intervención de la jurisdicción penal en el

análisis de los asuntos administrativos debe ser, en todo caso, subsidiaria, limitada a aquellos casos en los que se aprecia una infracción palmaria de las normas jurídicas, en los que no puede bastar el mero restablecimiento del orden jurídico perturbado a través de la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que, por la importancia de la transgresión jurídica, es necesaria la intervención de la jurisdicción penal para sancionar las graves arbitrariedades cometidas en resoluciones administrativas calificables de injustas, siendo esa la conclusión a la que ha llegado la jurisprudencia al restringir el delito de prevaricación a las ilegalidades severas y dolosas.

En el caso del artículo 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 la modalidad genérica del artículo 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 el Tribunal Supremo indique en reiterada jurisprudencia (entre otras, STS núm. 331/2003, de 5 de marzo y STS núm. 1658/2003, de 4 de diciembre) que puede ser aplicada a la prevaricación especial, "*la jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica*".

En cuanto a la denominada prevaricación administrativa, como explica la reciente STS núm. 225/2015, de 22 de abril, "*el artículo 404 CP castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto sólo puede ser cometido por los funcionarios públicos (artículo 24 CP) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto debe estar dirigida a la*

satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (arts. 9.1 y 103 CE) de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). 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 del procedimiento, en la contravención en su fondo de lo dispuesto en la legislación vigente, en una desviación de poder… (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".

Por su parte, la SSTS núm. 497/2012, de 4 de junio, que cita otras anteriores como la STS 363/2006, de 28 de marzo, reitera que "*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 ultima ratio. De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de 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 derecho 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 de dicten como consecuencia de ésta. Ello revela que, para el legislador, es posible un acto*

administrativo nulo de pleno derecho, sin que sea constitutivo de delito. No basta, pues, la contradicción con el derecho: para que una acción pueda ser calificada como delictiva será preciso ese "plus" concretado legalmente en la que exigencia de que se trate de una resolución "injusta y/o arbitraria", términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

La prevaricación aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 de septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la interpretación de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada, desde el punto de vista jurídico, no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico jurídico aceptable".

Por lo que respecta al elemento subjetivo del tipo penal analizado, la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense 23 núm. 83/15, de 11 de marzo, en línea con la jurisprudencia anteriormente expuesta, indica que "*para que se cometa el delito que tratamos, se requiere además que la autoridad o funcionario actúa "a sabiendas de la injusticia" de la resolución que dicta, lo que no sólo elimina del tipo la posible comisión culposa sino también seguramente la comisión por dolo eventual. La exigencia de este elemento subjetivo cualificado no puede llevar, naturalmente, a la llamada "subjetivización" de este delito, que ha sido desechada en la Sentencia de 15-10-99 en la relación con la prevaricación judicial pero no puede menos de ser ponderada cuando se trata de una prevaricación administrativa cuyo presunto autor puede no ser un jurista. Se cometerá, pues, el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo conciencia de que actúa al margen del ordenamiento jurídico, en la sustancial y/o en lo adjetivo, y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo*

porque quiere producir dicho resultado y antepone esa voluntad al deber de atenerse a los mandatos de la ley".

En resumen, este delito exige, en primer lugar, una resolución dictada por una autoridad o funcionario en un asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasiones un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

QUINTO.- Respecto al delito de prevaricación urbanística imputado a los acusados, la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso sometido a enjuiciamiento, conlleva su absolución, al ser, cuando menos discutible, la concurrencia del elemento normativo de la injusticia de la resolución dictada, esto es, que las licencias otorgadas en vía de legalización fuesen contrarias a las normas urbanísticas vigentes, y por consiguiente, del elemento subjetivo.

Analizando cado uno de los elementos del tipo penal imputado, ninguna duda cabe respecto a la condición de funcionaria de la acusada, concejala delegada del área de urbanismo del Ayuntamiento de Ourense, e incluso respecto del acusado, ya que se ha admitido la consideración como funcionario, a efectos de sujeto activo de este delito, a quien participa en el ejercicio de la función pública. Tampoco existen dudas sobre el carácter de la resolución adoptada, respecto del acusado, el informe jurídico de 17 de octubre de 2007 (folios 933 a 950) y respecto de la acusada, la Providencia 16 de noviembre de 2007 por la que se incoa el expediente de legalización (folio 932) y el escrito de 4 de diciembre de 2007 por el que propone la concesión a la Junta de Gobierno Local (folio 963), que finalmente, en sesión extraordinaria de 5 de diciembre de 2007,

concedió, en vía de legalización, las licencias urbanísticas de obra, construcción y ocupación para la parcela bajo rasante de la Plaza de San Antonio (folios 967 y 968).

Sobre la injusticia y arbitrariedad de la resolución, requisito configurador del artículo 320 CP y teniendo en cuenta la doctrina ya expuesta, la actuación de los acusados no merece tal calificación, pues del conjunto de la prueba practicada, no es posible sostener de modo tajante y sin atisbo de duda, que las resoluciones adoptadas fuesen contrarias a las normas urbanísticas vigentes al tiempo de su actuación, es decir, contrarias a derecho.

En este sentido, la cuestión nuclear que se plantea en este caso, a pesar de que la mayor parte de la prueba practicada en el juicio se centró en ello, no es tanto determinar la naturaleza pública o privada del subsuelo que en todo caso corresponderá a la jurisdicción contenciosa, sino en analizar si la consideración del subsuelo de la Plaza de San Antonio como un espacio privado y, en consecuencia, el informe y la propuesta favorables a la concesión de licencias para su legalización, contravienen de modo "*evidente, patente, flagrante y clamoroso*" (SAP Ourense núm. 83/15, de 11 de marzo) el derecho aplicable.

Las acusaciones entienden que dichas resoluciones contravienen de modo claro los antecedentes administrativos que ponen de manifiesto la cesión de la superficie de la Plaza a dominio público municipal y la STSJ de Galicia de 10 de junio de 2004, que establece la titularidad pública del subsuelo ubicado bajo el suelo público. Esta postura fue sostenida en el acto del juicio por la Letrada consistorial, Ana María Blanco, que indicó de modo claro y decidido que ella misma había advertido verbalmente a Aurea Elena Soto que la postura del Ayuntamiento en el primer incidente de inejecución, planteado por ella misma ante el TSJ, era que la cesión de la Plaza había sido voluntaria y que, por tanto, se podía admitir un uso privado del subsuelo. No obstante, tras la STSJ de Galicia de 2004, se asumió que la cesión había sido obligatoria, que el subsuelo de la Plaza era público y que no podía ser objeto de explotación privada. A pesar de que la testigo sostuvo que su postura fue siempre clara en este sentido, al estimar la legalización contraria

a derecho, llama la atención que, tras el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 5 de diciembre de 2007, ella misma plantease ante el TSJG el segundo incidente de inejecución (folios 2677 a 2701) y que en el mismo realizase manifestaciones tales como: "*el subsuelo no es de dominio público, sino de titularidad privada, toda vez que, como se dijo, se trata de una propiedad reservada. En efecto, el Convenio suscrito entre la propiedad y el Ayuntamiento de Ourense el 7 de diciembre de 1994, es importantísimo señalar que no ha sido anulado, se dejó expresa constancia de que la propiedad cedía a la Administración Municipal la superficie reservándose el subsuelo*" (Folio 2699). A pesar de que la Letrada consistorial indicó en el acto de la vista que al plantear dicho incidente se limitó a cumplir la orden dada por la Junta de Gobierno Local, de su lectura se desprende que, en aquella época, no era tan clara su postura respecto a la calificación del subsuelo, llegando a coincidir incluso en ciertos aspectos con lo defendido por el Letrado Carlos Hernández. Esto constituye un primer indicio respecto a las discrepancias legales que se mantienen en relación a la calificación del subsuelo.

Las discrepancias respecto a la calificación del subsuelo de la citada plaza se ponen de manifiesto en otros escritos de los propios funcionarios del Ayuntamiento. De este modo, constan en las actuaciones dos informes elaborados por la TAG del Ayuntamiento, Begoña Carvajales, que también declaró como testigo en el acto de la vista. El primero de ellos, de 27 de enero de 2011 (folios 1219 y 1220), la técnico informa desfavorablemente la solitud de licencia de obra formulada por la Tesorería General de la Seguridad Social para un local ubicado en el subsuelo de la Plaza indicando que *la titularidad del citado subsuelo es una cuestión pendiente de resolución por el Tribunal Supremo toda vez que el TSJ de Galicia el 26/12/2008 anuló el PXOM de 2003 en la parte que admite la titularidad privada del subsuelo*. En el segundo informe, de 27 de enero de 2012 (folios 1245 a 1251), la TAG concluye que el subsuelo de la Plaza de San Antonio es, junto con el suelo y el vuelo, de naturaleza demanial local y que su uso privativo deberá ser autorizado por cualquiera de las vías establecidas en la legislación sobre patrimonio de las Administraciones Públicas. La testigo explicó que la diferencia entre ambos informes se debe a que para la

elaboración del segundo, tuvo conocimiento de las resoluciones dictadas por el TSJG. No obstante, es preciso tener en cuenta que dichos informes son posteriores a los hechos aquí enjuiciados y que en la fecha en la que se dictan, el PXOM de 2003, bajo cuya vigencia se otorgaron las licencias litigiosas, ya había sido anulado. Sea como fuere, de dichos escritos se desprende que la calificación del subsuelo de la plaza no era una cuestión clara con arreglo al PXOM de 2003, pues, en el primer escrito se indica expresamente que dicho Plan no se pronunciaba sobre su titularidad; y también se desprende que para la elaboración del segundo informe fue preciso tener en cuenta, además de las leyes urbanísticas de Galicia, el PXOM anulado del año 2003, el PXOM de 1986, los antecedentes administrativos, así como las resoluciones judiciales.

Además de por lo expuesto, que nos encontramos ante una cuestión discutible, se pone de manifiesto del conjunto de la prueba pericial practicada en el acto de la vista y que, en síntesis ha sido expuesta con anterioridad. Así, mientras los peritos propuestos por la acusación, Gregorio Martínez y Demetrio Losada, sostienen que con arreglo al PXOM de 2003 el subsuelo de la plaza se califica como "sistema local zona verde" y que por tanto, es público; los peritos propuestos por la defensa, Beatriz Aneiros y Álvaro Fernández, sostienen que dicho PXOM califica la parcela como "espacio libre" y, sin duda, privado. Los peritos propuestos por la acusación indicaron en el acto de la vista que el Plan de 2003, reconociendo que ése era el Plan vigente al tiempo de otorgar las licencias, era confuso en ciertos aspectos, no obstante, la sentencia del TSJG de 2004, aclara la cuestión al indicar que la cesión de la plaza fue obligatoria y que dicha cesión comprende, vuelo, suelo y subsuelo. Por su parte, el perito propuesto por la defensa, José Ramón Rodríguez Varela, indicó en el acto de juicio que su informe pericial es puramente técnico y que no tuvo en cuenta la sentencia del TSJG de 2004, no obstante, aunque la hubiese tenido presente, su conclusión sería la misma, pues es el PXOM vigente es el que en cada caso determina la naturaleza pública o privada del suelo. En este caso concreto, de nuevo este perito señaló las confusiones del PXOM de 2003 en la citada zona y así precisó que, mientras la trama califica la zona como sistema dotacional zona verde; las alineaciones, mucho más claras que la trama, califican el subsuelo como privado. Por último,

el perito Francisco Javier Rivas, sostuvo que, tras analizar el informe jurídico del Letrado Carlos Hernández, comparte sus conclusiones respecto a la calificación y clasificación del suelo, incluso tras examinar los antecedentes administrativos, las normas urbanísticas, así como las resoluciones judiciales, concluyendo que, con arreglo al PXOM vigente de 2003, es posible un uso público en superficie y un aprovechamiento privativo del subsuelo. Esta última conclusión, es también compartida por el arquitecto municipal, Cándido Ortells, que elaboró el informe técnico de 3 de diciembre de 2007 (folios 955 a 962) que junto con el informe jurídico del acusado, dio lugar a la concesión de las citadas licencias por la Junta de Gobierno Local. Este testigo, manifestó que, en su informe, en el que también participaron un arquitecto y un aparejador conocedores del asunto, aplicaron el PXOM vigente de 2003, que contempla que el espacio abierto es susceptible de aprovechamiento bajo rasante, compartiendo tanto los razonamientos como las conclusiones del informe jurídico del letrado Carlos Hernández.

En atención a todo lo expuesto, conviene recordar que la jurisprudencia exige *para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el artículo 404 CP 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, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo; esto debe ser más propiamente realizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modo o métodos con lo que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno un análisis del significado de la norma como la que se realiza por el autor* (STS núm. 225/2015, de 22 de abril).

En el presente caso, valorando en conciencia la prueba que ha sido expuesta, no ha resultado probado que las resoluciones dictadas

por los acusados contraviniesen de modo claro y evidente el derecho aplicable debido a las diferentes interpretaciones sostenidas, tanto por los testigos como por los peritos respecto a unos mismos hechos, es decir, resulta discutible el contenido sustancial de las resoluciones dictadas por los acusados, en el sentido de que *pueden ser explicadas mediante una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable* (STS núm. 732/2001, de 4 de junio). En ese sentido conviene reiterar que la jurisprudencia viene entendiendo que *no habrá delito de prevaricación, si existen dudas razonables sobre la injusticia de la resolución o si se trata de una cuestión*, (como parece suceder en este caso), *sujeta a interpretación doctrinal o jurisprudencial, pues de ser así, desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en la vía correspondiente* (STS núm. 663/2015). Teniendo en cuenta, principalmente, la prueba pericial y el informe técnico elaborado por los arquitectos municipales, Cándido Ortells y Gonzalo Guerra y por el aparejador municipal Darío López, difícilmente puede calificarse el informe del acusado y, por consiguiente la resolución de la concejal, como indefendibles, esto es, que no exista método racional que permita sostener el criterio adoptado, si bien ello no quiere decir que su planteamiento sea correcto desde el punto de vista urbanístico, sino únicamente que la conducta imputada no reúne ese plus de antijuridicidad exigido por la jurisprudencia para la comisión del delito de prevaricación.

Sentado lo anterior, conviene recordar que, según lo expuesto en el anterior fundamento y según reiterada jurisprudencia, se comete el delito de prevaricación cuando la autoridad o funcionario dicta la resolución sin haber observado las normas esenciales del procedimiento. En el presente caso la acusación considera que se ha incumplido el procedimiento legalmente establecido porque las licencias urbanísticas no fueron informadas por un Técnico de Administración General (TAG) como exige la normativa aplicable. Entiende la acusación popular que la acusada, ante la imposibilidad de obtener de los funcionarios municipales un informe jurídico favorable al otorgamiento de las citadas licencias, encomendó verbalmente a un abogado de su confianza, el también acusado, Carlos Hernández, un dictamen jurídico para sostener su planteamiento, siendo anómalo tal proceder ya que corresponde informar las

licencias a un TAG.

En cuanto a la contratación del abogado externo, consta en las actuaciones (Tomo V, en concreto, folios 1617 y siguientes) el expediente de contratación de asistencia jurídica en materia de urbanismo para el Ayuntamiento de Ourense, iniciado el 4 de septiembre de 2007, y que finalmente dio lugar a la contratación del gabinete de abogados del que forma parte Carlos Hernández. En dicho expediente de contratación no se observa ninguna irregularidad, habiéndose cumplido los trámites legalmente exigidos para dichos procedimientos administrativos y prueba de ello es que no consta reparo alguno por parte de los responsables del Ayuntamiento, ni respecto a la contratación del Letrado, ni tampoco respecto al pago de sus honorarios.

No sucede lo mismo respecto al procedimiento seguido para la tramitación de las licencias, pues no consta en las actuaciones el preceptivo informe jurídico interno, es decir, del Técnico de la Administración General a quien, según la relación de puestos de trabajo (folio 1347), corresponda dicha función, como apuntó en el acto de la vista el titular de la asesoría jurídica del Ayuntamiento de Ourense, Luis María Tros. Este testigo también precisó que, si bien es posible recurrir a informes externos, no siendo ésta la primera vez que se hacía, dicho informe externo podría pedirse como complemento a los preceptivos informes internos.

En este sentido, el artículo 195.1 de la Ley 9/2002 de Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (LOUGA), en relación al procedimiento de otorgamiento de licencias, dispone que "*las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y planeamiento urbanísticos*", mientras que el apartado 2 indica que "*la competencia para otorgar las licencias corresponderá a los municipios según el procedimiento previsto en la legislación de régimen local. Para el otorgamiento de la licencia solicitada serán preceptivos los informes técnicos y jurídicos sobre su conformidad con la legalidad urbanística*". Según lo dispuesto en esta norma, en el procedimiento de otorgamiento de licencias son preceptivos dos informes, uno jurídico y uno técnico y, como precisó el titular de la asesoría jurídica, este artículo no

indica quién ha de emitir dichos informes, debiendo atender por ello a lo previsto en el artículo 172.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF) que dispone, "*en los expedientes informará el Jefe de la Dependencia a la que corresponda tramitarlos, exponiendo los antecedentes y disposiciones legales o reglamentarias en que funde su criterio*", es decir, los informes preceptivos han de ser internos y así lo reitera el artículo 174.1 ROF al establecer la posibilidad de solicitar otros externos: "*Sin perjuicio de los informes preceptivos que deban emitir el responsable de la Secretaría y el responsable de la Intervención, el Presidente podrá solicitar otros informes o dictámenes cuando lo estime necesario.*"

En este caso, en el procedimiento de otorgamiento de las licencias, se prescindió de dicho informe jurídico interno, que podría haber sido emitido por cualquiera de los TAG del Servicio de Urbanismo incluidos en la relación de puestos de trabajo (folio 1347), y la Concejal de Urbanismo, mediante Providencia de 4 de diciembre de 2007, propuso la concesión de las licencias a la Junta de Gobierno Local, acompañando el informe jurídico externo del letrado Carlos Hernández y el informe técnico elaborado por los arquitectos y el aparejador municipal (folios 932 y siguientes).

A pesar de que la acusada trató de justificar dicha omisión en el acto de la vista indicando que no pidió dicho informe pues ya había "leído" la postura del Ayuntamiento en el escrito por el que se planteó el primer incidente de inejecución, ello no constituye una explicación razonable para la omisión de dicho trámite, pues nada tienen que ver ambos procedimientos. Tampoco puede admitirse, como pretende la defensa, que dicho informe jurídico no fuese preciso porque uno de los arquitectos que elaboró el informe técnico, en concreto Cándido Ortells, era Jefe del Departamento de Planeamiento y Gestión del Servicio de Urbanismo (folio 1351), pues el mismo no tenía encomendada dicha función.

Sea como fuere, la cuestión que se plantea consiste en determinar si la omisión de dicho informe supone una omisión merecedora de reproche penal. En este sentido la respuesta ha de ser

negativa pues la jurisprudencia viene indicando que "*no se puede identificar de modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido es posible, de un lado, una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito y de otro, el artículo 63.2 de la Ley 30/92, 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 de lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento. Otra cosa sucede cuando, omitir las exigencias procedimentales supone 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 se su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujete a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la adopta su resolución. Son en este sentido, trámites esenciales".* (STS núm. 363/2006, de 28 de marzo).

En este caso la omisión de dicho informe no puede ser calificada como la omisión de normas esenciales del procedimiento por las siguientes razones. En primer lugar, debemos entender que no estamos ante una norma esencial del procedimiento esencialmente porque, aunque no se hubiese obviado dicho informe jurídico interno y el mismo fuese desfavorable, la propia Ley prevé la posibilidad de solicitar "*otros informes*". También se aprecia que la omisión de dicho informe no impidió un control ulterior acerca de la resolución que finalmente se dictó, en este caso, la concesión de las licencias, debido a que la licencia administrativa es un acto de autorización reglado por el cual la Administración Local, en la persona del alcalde o, como sucede en este caso, en la Junta de Gobierno Local, comprueba si la solicitud de licencia se acomoda a la normativa urbanística aplicable para su concesión. Ello significa

que, la omisión de dicho informe pudo ser advertida por la Junta de Gobierno al tiempo de examinar el expediente de otorgamiento de la licencia, sin que conste en las actuaciones reparo alguno en este sentido. Además, la documentación examinada acredita que no se obvió en su totalidad el procedimiento legalmente previsto para el otorgamiento de las licencias, constando un informe jurídico y uno técnico, sin que la omisión del informe del TAG del Ayuntamiento, por sí sola, comporte necesariamente la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación.

A mayor abundamiento, y teniendo en cuenta la reiterada a la par que equivocada insistencia de la defensa respecto a lo innecesario del enjuiciamiento de estos hechos debido a la desestimación por parte del TSJ de Galicia mediante Auto de 15 de enero de 2009 del incidente de nulidad de las licencias litigiosas plateado por Aurora Montero en el mismo procedimiento en el que se insta por el Ayuntamiento de Ourense el segundo incidente de inejecución, conviene recordar que dicha resolución no afecta a esta jurisdicción penal. Así, como indica la STS núm. 363/2006, de 28 de marzo, "*es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que no existiendo norma legal alguna que establezca la necesidad de diferir a un concreto orden jurisdiccional el conocimiento de una cuestión prejudicial, corresponde a cada uno de ellos, en el ejercicio independiente de la potestad que le confiere el artículo 117.3 CE, decidir si se han cumplido o no los presupuestos de las pretensiones que ante ellos se ejercitan y que como regla general, carece de relevancia constitucional que puedan producirse resultados contradictorios entre resoluciones de órganos judiciales de distintos órdenes, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas, unos mismo hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, los resultados contradictorios son consecuencia de lo0s criterios informadores del reparto de competencia llevado a cabo por el legislador entre los distintos órdenes jurisdiccionales* (…)".

Ello no significa que dicha resolución no sea tenida en cuenta por esta Juzgadora en el sentido de entender que el TSJG, al desestimar dicho incidente, no aprecia que la concesión de la legalización de las licencias contravenga de modo patente los pronunciamientos de la sentencia cuya inejecución se pretende, es decir, no se aprecia

desviación de poder, entendida como tal, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, lo que, en cierto modo, se identificaría con el delito de prevaricación. Es decir, el pronunciamiento de dicho Tribunal, se valora como un indicio a mayores en conjunto con el resto de la prueba practicada y que ha sido expuesta anteriormente. Sin embargo, y del mismo modo que señala el TSJG en el citado Auto, la falta de infracción grosera del ordenamiento jurídico en la concesión de las licencias examinadas, necesaria para la concurrencia de un delito de prevaricación, no significa que las mismas no contravengan la normativa urbanística aplicable y que en todo caso será objeto de examen por la jurisdicción correspondiente.

Consecuentemente, de todo lo expuesto, al no bastar la discordancia interpretativa de las normas, ni una mera irregularidad administrativa para sustentar la comisión del delito del artículo 320 CP, procede la absolución de los acusados.

SEXTO.- La acusación solicita la condena de Aurea Elena Soto como autora de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP. Esta parte considera que la acusada, a sabiendas de su injusticia y con el propósito de que Aurora Montero desistiera de los recursos contencioso administrativos que había interpuesto contra los acuerdos de concesión de las licencias de legalización adoptados por la Junta de Gobierno Local el 5 de diciembre de 2007, propuso a la Junta de Gobierno Local y votó a favor de la aprobación de un convenio por el que se pagaba a la perjudicada una indemnización de 358.528 euros. La acusación entiende que dicha cantidad debió ser fijada por resolución judicial y que además resulta desproporcionada, pues no se corresponde con perjuicios efectivamente causados a la perjudicada.

De la prueba practicada en el acto de la vista y de la documental obrante en las actuaciones, no ha resultado probada la participación de la acusada en el delito que se le imputa. En primer lugar y como se ha indicado en anteriores fundamentos, el delito de prevaricación exige que la autoridad o funcionario público dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia. Pues bien, de la documental obrante en las actuaciones,

en concreto folios 1.060 y siguientes, no consta ninguna resolución dictada por la acusada de contenido decisorio respecto al pago de la indemnización. Así, consta al folio 1.060, una providencia dictada por la concejal de urbanismo el 26 de diciembre de 2007 solicitando al arquitecto municipal, Cándido Ortells, un informe de valoración sobre la pérdida de valor del inmueble propiedad de Aurora Montero. Emitido dicho informe (folios 1061-1098), la vice asesora jurídica del Ayuntamiento, Ana Blanco, por escrito de 16 de febrero de 2009, propuso a la Junta de Gobierno Local que autorizase a Aurea Elena Soto para que firmara, en nombre del Ayuntamiento de Ourense, el borrador de convenio por el que se acordaba pagar a Aurora Montero una indemnización sustitutoria de 358.528 euros, en concepto de indemnización sustitutoria por inejecución de la sentencia dictada en autos 5088/2000 (folio 1.104). Consta además, la propuesta de gasto formulada por Ana Blanco (folio 1.106), el informe del Interventor General de Ayuntamiento indicando la suficiencia de crédito (folio 1.107), el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 6 de marzo de 2009 autorizando la firma del convenio y el pago de la indemnización a Aurora Montero (folio 1.109) y, por último, el convenio finalmente suscrito entre el Ayuntamiento de Ourense representado por la concejal delegada de urbanismo y Aurora Montero.

Teniendo en cuenta lo anterior, conviene recordar que una resolución, como viene señalando la jurisprudencia, es cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral (STS núm. 346/1994, de 21 de febrero). No obstante, tampoco ha quedado probado en el presente juicio que la acusada dictase oralmente una resolución arbitraria, pues ni siquiera se ha probado que la misma decidiese el importe de la indemnización que debía ser abonada a Aurora Montero, como sostiene la acusación. Bien es cierto que en el acto de la vista, Ana Blanco, indicó que, de las dos opciones de indemnización fijadas por el arquitecto municipal en su informe, fue Aurea Soto quién decidió la cantidad. No obstante, el arquitecto municipal indicó que en su informe no había dos cantidades alternativas, sino que se trataba de una manifestación dirigida al departamento jurídico al que correspondía tramitar el incidente y que posteriormente negoció con la perjudicada. Por su

parte, la acusada negó haber decido la cantidad a abonar, considerando concluyente el informe técnico e indicando que, tras la decisión de inejecución del Tribunal, se "desentendió" del asunto, encargándose la vice asesora jurídica de las negociaciones con la perjudicada. Llama la atención que ninguno de los testigos concretase la persona que redactó el borrador de convenio, especialmente la testigo, Ana Blanco, quien, como indicó tanto Aurora Montero como Cándido Ortells, era la encargada del asunto y quien formuló la propuesta de aprobación a la Junta de Gobierno.

Sea como fuere, no puede calificarse como delictiva la conducta llevada a cabo por la concejal incluso en el caso de que la cantidad concreta fuese fijada por ésta, pues dicha cantidad no fue decidida de forma arbitraria, sino que consta un informe de valoración elaborado por un arquitecto municipal, una propuesta de aprobación del convenio a la Junta de Gobierno Local formulada por la vice asesora jurídica del Ayuntamiento, autorización a la concejal delegada de urbanismo para la firma del Convenio y aprobación del pago de la indemnización. Es decir, no consta ningún reparo por parte del interventor del Ayuntamiento para el pago de la citada cantidad ni objeción alguna al informe del técnico municipal.

En este punto conviene resaltar que la propia Aurora Montero reconoció en el acto de la vista que ella misma, cansada de tanto litigio y especialmente tras la declaración de inejecución de la Sentencia por parte del TSJG, decidió aceptar la cantidad ofrecida por el Ayuntamiento de Ourense en el incidente de inejecución, comunicándole a Ana Blanco, con quien coincidía en las salas de vistas que "*si le daban el dinero, ya lo dejaba todo*". De esta declaración se desprende que fue la propia perjudicada quien se dirigió al Ayuntamiento, en concreto a Ana Blanco, aceptando la cantidad inicialmente ofrecida por el Ayuntamiento de Ourense en el tercer otrosí del escrito de 11 enero de 2008 (folio 2.701) por el que planteó el segundo incidente de inejecución de la sentencia del TSJ de Galicia de 10 de junio de 2004 e indicando que si le concedían dicha indemnización, "lo dejaba todo", es decir, se apartaba de los procedimientos judiciales. Esta declaración, unida a la documental obrante en las actuaciones, impide considerar, como sostiene la acusación, que la concejal de urbanismo decidió abonar

una cantidad exagerada a la perjudicada con el fin de "comprar" su desistimiento, especialmente porque la cuantía de la indemnización (358.828 euros) no fue fijada a raíz de negociaciones con la perjudicada, sino que fue calculada por el arquitecto municipal y propuesta como cuantía indemnizatoria en el incidente de inejecución, es decir, antes incluso de conocer la decisión del Tribunal.

Por todo lo expuesto, no concurren en la conducta de la acusada los elementos del tipo penal imputado, debiendo acordarse su absolución por el delito de prevaricación administrativa por el que había sido acusada.

SÉPTIMO.- Para finalizar, la acusación popular imputa a Aura Elena Soto un delito de prevaricación administrativa por omisión, al no haber tramitado, de modo intencionado, la solicitud de revisión de oficio de las licencias dadas por la Junta de Gobierno Local de 5 de diciembre de 2007 formulada por Cristina Martínez mediante escrito presentado ante el Ayuntamiento el 14 de febrero de 2011.

Consta en las actuaciones, folios 215 a 219, la solicitud de revisión de oficio de los acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 5 de diciembre de 2007 relativos a la concesión en vía de legalización de las licencias de obra, ocupación y actividad para el complejo edificatorio situado en la Plaza de San Antonio, en virtud de la cual la interesada solicita al Ayuntamiento de Ourense que declare la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos de concesión de las expresadas licencias y que proceda a la reposición de la legalidad. Asimismo, consta en los autos (folios 2889 a 2892) el recurso contencioso administrativo interpuesto por Cristina Martínez el 18 de mayo de 2011 contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de revisión de oficio anteriormente indicada. Por auto de 24 de enero de 2014 del Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 2 de Ourense (folios 2994 y 2995) se suspende, por prejudicialidad penal, el procedimiento ordinario 182/2011-c.

Según la documental expuesta, no se ha causado indefensión a la recurrente en la medida en que, al no resolverse de modo expreso su

solicitud, el régimen legalmente previsto (artículos 42 y 43 de la Ley 30/92) permite entender desestimada su solicitud por silencio administrativo y acudir a la vía contenciosa a través del correspondiente recurso, como así se hizo. A pesar de que la jurisprudencia admite la comisión del delito de prevaricación por omisión, en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario tiene la obligación de actuar y de modo arbitrario e intencionado no lo hace, en el presente caso y según lo expuesto no existía dicha obligación y ninguna prueba se practicó en el acto de la vista para acreditar que la acusada dejó de atender la solicitud formulada por Cristina Martínez de modo intencionado. A este respecto, Aurea Soto explicó en el acto del juicio que por aquella época el Ayuntamiento de Ourense carecía de tiempo y de personal para atender los cientos de escritos que presentaba el grupo político del que forma parte la interesada, pues la situación urbanística en era impresionante debido a la reciente anulación del PXOM de 2003. En el mismo sentido, la testigo Ana Blanco indicó en la vista que, no sólo en este caso concreto, sino que en el Ayuntamiento de Ourense, por cuestiones de trabajo, hay numerosos silencios administrativos.

Por lo expuesto, a la vista de la documental incorporada a las actuaciones y de la testifical, no se ha practicado suficiente prueba de cargo para estimar que la concejal de urbanismo acusada incurrió en un delito de prevaricación al permitir la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de revisión de oficio planteada por la querellante en el presente litigio y, en consecuencia, procede su absolución.

OCTAVO.- La absolución de los acusados impone que las costas procesales deban declararse de oficio, como dispone el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a **AUREA ELENA SOTO VÁZQUEZ y a CARLOS HERNÁNDEZ LÓPEZ** del delito de prevaricación urbanística por el que habían sido acusados en la presente causa.

DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a **AUREA ELENA SOTO VÁZQUEZ** de los

delitos de prevaricación administrativa por los que había sido acusada en esta causa.

Declaro de oficio las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes procesales, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Ourense en el plazo de diez días contados a partir del siguiente a su notificación.

Así lo pronuncio, mando y firmo.