

**ÉS COPIA**

1/18

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN CUARTA (PENAL)
GIRONA**

**APELACIÓN PENAL
ROLLO Nº 406/07
DILIGENCIAS PREVIAS Nº 255/06
JUZGADO DE INSTRUCCIÓN ÚNICO DE PUIGCERDÀ**

AUTO Nº 331/09

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. ADOLFO GARCÍA MORALES

MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO ORTÍ PONTE

Dª. CARMEN CAPDEVILA SALVAT

En Girona a 17 de julio de 2009.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En las Diligencias Previas nº 255/06, se dictó auto en fecha 12-1-07 por el Juzgado de Instrucción Único de Puigcerdà en el que se acordaba el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones por no ser los hechos investigados constitutivos de delito; frente a dicha resolución se presentaron sendos recursos de apelación por TOMÁS LAMARCA ABELLÓ, la entidad mercantil ESTACIÓ DE SERVEI MORER PUIGCERDÀ SA y la entidad mercantil URBANITZACIÓ VINYALS SL, representados por el procurador D. JOAN ENRIC PONS ARAU y asistidos por los letrados D. PAU MOLINS AMAT y MIGUEL GARZÓN GARZÓN, y por el MINISTERIO FISCAL, que fueron expresamente impugnados por JOAN FONT FABREGÓ y la entidad mercantil



GRUP SA, representados por la procuradora D^a. MIREIA COMELLAS SOLÉ y asistidos por el letrado D. EDUARDO MOLAS, por JOAN CARRETERO GRAU y JOAN PLANELLA CASASAYAS, representados por el procurador D. JOAN PLANELLA SAU y asistidos por el letrado D. MANEL MIR TOMAS, y por JAVIER RUEDA QUINTERO y la entidad mercantil GRUP SUPECO MAXOR SL, representados por la procuradora D^a. MIREIA COMESLLAS SOLÉ y asistidos por el letrado D. GABRIEL CASTRO SALILLAS, remitiendo las actuaciones ante este Tribunal a los efectos de dictar la correspondiente resolución.

SEGUNDO: Celebrada vista pública el día 29-6-09 con asistencia del MINISTERIO FISCAL y del letrado MIGUEL GARZÓN GARZÓN, por la parte apelantes, y de los letrados D. MANEL MIR TOMAS, D. GABRIEL CASTRO SALILLAS y D. EDUARDO MOLAS, por la parte apelada, quedó el rollo visto para resolver.

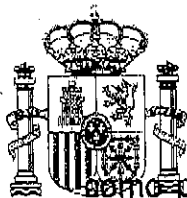
FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alzan los recurrentes frente a la resolución de la instancia sobre la base del error en la valoración de las diligencias de prueba practicadas porque a su juicio las mismas acreditan los delitos objeto de persecución, prevaricación, desobediencia y cohecho, limitando sin embargo el MINISTERIO FISCAL sus pretensiones exclusivamente a la existencia de dos delitos de prevaricación respecto del imputado JOAN CARRETERO GRAU.

De cualquier forma y antes de entrar en el fondo de los argumentos de todos los intervinientes, conviene hacer ciertas reflexiones al hilo de una cuestión procesal presentada por la acusación particular, como es la capacidad del Instructor para decretar el archivo.

El art. 779. 1. 1^a y 4^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez podrá, entre otras resoluciones, acordar el sobreseimiento que corresponda, si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece justificada suficientemente su perpetración, u ordenar que el procedimiento siga ordenado conforme a las normas del capítulo siguiente, si estimare que el hecho constituye delito del art. 757 de esta misma norma adjetiva. Es decir, con un repaso y valoración de las diligencias llevadas a cabo en la fase de instrucción, con arreglo a la lógica jurídica y al sentido común, el Juzgador esta plenamente capacitado para decretar el archivo de las actuaciones o su continuación dando paso a la fase intermedia.

No existe relación piramidal o de superioridad jerárquica entre la Magistrada encargada de la instrucción en sede del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya y el Juez de Primera Instancia e Instrucción de Puigcerdà, de suerte y manera que la adopción de alguna resolución por parte de la primera,



como podría ser la inicial admisión a trámite de la querrela, o su no adopción, como la transformación o el sobreseimiento de la causa, no vinculan en modo alguno al segundo. Ambos han ejercido la competencia para manejar la instrucción como mejor han entendido, siendo la única diferencia la temporal calidad personal de uno de los imputados, la de Conseller de la Generalitat de Catalunya de JOAN CARRETERO GRAU, que ha determinado que mientras ha ejercido ese cargo haya tenido el privilegio procesal de que la instrucción se haya llevado a cabo por parte de un Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. La única relación jurídica que vincula al Juez de Instrucción es la que tiene con esta Sala que ahora resuelve en virtud del recurso de apelación, por ser efectivamente la Audiencia Provincial de Girona su superior jerárquico.

Por lo demás, la admisión a trámite de una querrela en modo alguno determina su resultado final, dado que, como venimos manteniendo de largo, precisamente, lo natural es que una querrela sea admitida a trámite siempre y cuando lo que en ella se narra pueda ser constitutivo de delito, porque será la posterior investigación que se desarrolle la que desentrañe si lo que se dice se prueba o si lo que se dice adquiere matices diferentes. Igualmente, el que la Magistrada Instructora del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya no hubiera decretado resolución alguna sobre la finalización de la fase sumarial, bien para continuar el procedimiento, bien para sobreseerlo, no es sino un argumento neutro, dado que lo lógico es no cerrar la instrucción en tanto no se hayan practicado todas las pruebas admitidas con el fin de conocer globalmente el asunto, no habiéndose producido todavía ese hito procesal cuando la Magistrada dejó de ser competente para continuar con la instrucción por haber cesado el imputado JOAN CARRETERO GRAU en el cargo que determinaba la especial competencia del aforamiento.

SEGUNDO.- Dicho todo lo anterior, procede entrar ya a analizar las diligencias de prueba practicadas en relación con la totalidad de los delitos imputados.

Las presentes actuaciones traen razón de la firma del Ayuntamiento de Puigcerdà con dos entidades mercantiles particulares, GESDIP SA y GRUP SUPECO MAXOR SL; de dos convenios de colaboración urbanística en virtud de los cuales las segundas entregaban importantes cantidades de dinero, 40.000.000 pts y 80.000.000 pts, que se invertirían en la construcción de unos ascensores que conectarían la parte alta con la baja de la precitada localidad, mientras que el Ayuntamiento se obligaba, por su parte, a realizar ciertas actividades urbanísticas sobre modificación del planeamiento y concesión coordinada de licencias, actividades que fueron recurridas ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin que el Ayuntamiento cumpliera presuntamente con las resoluciones que emanaban de esta jurisdicción.

Dicho resumen, voluntariamente neutro en este momento y reducido a su



Esta expresión, sería constitutivo a juicio de los recurrentes de varios delitos, como son, cohecho, respecto de la firma de los convenios, prevaricación, respecto de las modificaciones del planeamiento y la concesión de las licencias, y desobediencia, por la falta de cumplimiento de las resoluciones emanadas de los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos.

A la vista de lo complejo de cada uno de los delitos y a los efectos de establecer una ordenada exposición entendemos que hemos de empezar nuestros argumentos tratando en primer lugar los supuestos cohechos y la desobediencia, por más que esta resulte ser temporalmente la última de las infracciones, para acometer finalmente las supuestas prevariaciones, distinguiendo además las actividades llevadas a cabo respecto de cada una de las entidades mercantiles, por tener, a nuestro juicio, perfiles claramente diferenciados.

TERCERO.- Por lo que se refiere al delito de desobediencia la parte recurrente lo ubica en el art. 410 del Código Penal conforme al cual se castiga a las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales.

Tal y como establece la STS 6-2-06, la democracia se basa no sólo en la división de poderes sino en la sumisión de todos al imperio de la ley y al cumplimiento de las resoluciones judiciales, salvo en los casos en que, por los cauces legales, se establece que su cumplimiento resulta imposible por ser contrario a los intereses generales o por resultar excesivamente gravoso para los afectados.

El normal funcionamiento del Estado de Derecho exige un exquisito respeto por la autonomía de los distintos poderes del Estado y obliga a todos a procurar su normal funcionamiento. Cuando alguna persona o corporación pública o privada decide no cumplir con resoluciones judiciales, cuyo contenido es claro y terminante, sin dejar espacio para la duda interpretativa o la desorientación sobre los términos y el alcance de la resolución, existen vías racionales que cualquiera alcanza a comprender, sin necesidad de tener profundos conocimientos del derecho. Si se estima que la orden no es clara, se debe solicitar su aclaración y, si se considera que la resolución es injusta o contraria a derecho sólo se dispone de la vía de los recursos para tratar de cambiar su sentido y convertirlo en favorable para sus intereses.

El ATS de fecha 5-11-07 establece que esta conducta especial de desobediencia comparte con las previstas en los arts. 412 y 556 del Código Penal los requisitos que exige su aplicación, esto es, en primer lugar, la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe



debe darse dentro de sus legales competencias, en segundo lugar, que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido, y, en tercer lugar, la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalcitrante.

De igual modo la STS de fecha 18-4-97, al interpretar el precepto del que procede el actual art. 410 del Código Penal dispuso que la palabra "abiertamente" que se emplea para calificar la negativa a obedecer la orden dada por la superioridad, ha de interpretarse, no en el sentido literal de que haya de manifestarse de forma explícita y contundente, empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente del sujeto activo del delito, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a la referida orden, es decir, aún sin oponerse o negar la misma, tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarla a cabo, máxime cuando la obligación de su cumplimiento es reiteradamente solicitada por la autoridad competente para ello; es decir, cuando esa pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer.

En el caso que nos ocupa el delito de desobediencia por la negativa reiterada o abierta a cumplir con lo que establecen distintas resoluciones judiciales se imputa en exclusiva a JOAN PLANELLA CASASAYAS, que sustituyó como Alcalde de Puigcerdà a JOAN CARRETERO GRAU cuando este fue nombrado para el cargo de Conseller de la Generalitat de Catalunya. Como consecuencia de las modificaciones del planeamiento urbano y de la posterior concesión de licencias administrativas para la construcción de una gran superficie a la entidad mercantil GESDIP SA, se dictaron varias resoluciones judiciales provisionales que entendían que, en tanto no existiera una resolución judicial definitiva sobre lo que era objeto del pleito, procedía decretar la suspensión de las obras que ya se estaban llevando a cabo.

Efectivamente al respecto existen diversas resoluciones judiciales. Cuando se tiene conocimiento de la modificación del Plan Parcial del sector "La Closa de l'Àngel" se recurre en vía contencioso administrativa solicitándose la suspensión de su ejecutividad; la primera resolución que se dicta con fecha 30-6-03 en el seno del procedimiento contencioso administrativo nº 573/03 tramitado ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, no accede a las pretensiones de la actora, la cual es recurrida en súplica ante el mismo órgano. En el Interin, sin incurrir en irregularidad alguna pues en tanto dicha modificación no sea suspendida hemos de entender que se halla vigente, se conceden las licencias ambiental y de obras. Finalmente, se estima el recurso de súplica interpuesto y



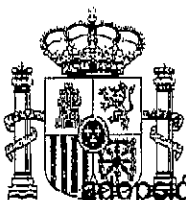
Dicta una nueva resolución en fecha 6-10-03 en la que se acuerda la suspensión de la ejecutividad de la modificación de dicho plan, aunque no se hace referencia expresa a la suspensión de los actos de aplicación de dicho plan, por más que sea lícito considerar jurídicamente que si se declara la suspensión de la vigencia de un plan, también momentáneamente hayan de considerarse suspendidas las licencias que con base en él se hayan podido otorgar.

De igual manera, cuando se conceden las licencias ambiental y de obras por Decretos de la Alcaldía en fechas 26-9-03 y 2-10-03, como ya hemos dicho, en tanto se tramita y resuelve el recurso de súplica al que hemos hecho referencia en el párrafo anterior, también son impugnadas en vía contenciosa en los procedimientos nº 329/03 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Girona y nº 175/04 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Girona, dictándose resoluciones de fechas 18-3-04, en el primero, y 6-4-04 y 13-4-04, en el segundo, por las que se suspenden tanto las licencias de obras y ambiental para la construcción de una estación de servicio como la licencia de obras para la construcción de una superficie comercial).

Pese a la existencia de tales suspensiones parece ser que las obras continúan como se acredita a través de las fotografías expedidas por vía notarial. La justificación que desde la Alcaldía se da a esa continuación de las obras viene dada por la necesidad de finalizar la estabilización de los muros de contención de los cimientos de la superficie comercial por el riesgo de corrimientos de tierras que afectarían a un vial de la población.

Por lo que se refiere a las licencias de obras concedidas a la entidad mercantil SUPECO MAXOR SL, otorgadas por Decretos de la Alcaldía en fechas 4-12-03, se produjo la suspensión cautelar en el seno del procedimiento contencioso administrativo nº 96/04 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Girona en virtud de auto dictado en fecha 8-10-04, el cual sin embargo condicionaba la efectividad de esa medida a la consignación de una fianza de 10.000 euros, la cual fue hecha el día 22-10-04. Mientras tanto las obras se han seguido ejecutando.

Explicados estos hitos históricos sobre las resoluciones judiciales, sus efectos sobre las actuaciones administrativas, y las decisiones adoptadas en el seno del Ayuntamiento, cabe señalar que en modo alguno podemos considerar que se cumplan los parámetros de la desobediencia de los arts. 410 y 556 del Código Penal. En primer lugar, y empezando por lo que entendemos es más sencillo, en lo que se refiere a la licencia en precario concedida a la entidad mercantil SUPECO MAXOR SL, porque a los pocos días de haber recibido la notificación sobre la consignación de la fianza, concretamente a finales de octubre y primeros de noviembre del año 2.004, tal y como se acredita con la documentación obrante a los folios 4.557 y ss, el Ayuntamiento de Puigcerdà requiere y obliga a la entidad mercantil a la paralización de las obras mediante la



adopción de diversos acuerdos. Mal se puede entonces desobedecer una resolución judicial cuando, tras haber tenido conocimiento de la misma y sin necesidad alguna de ser requerido al efecto para llevarla a cabo, se emprenden acciones administrativas para darle cumplimiento.

Cosa diferente ocurre respecto de las licencias concedidas a la entidad mercantil GEDIP SA dado que respecto de las mismas y pese a las resoluciones judiciales dictadas en el seno de diversos procedimientos contenciosos administrativos no existe constancia de una paralización tan firme como ocurre en el caso anterior.

De un lado hemos de hacer constar que la no paralización de las obras de la construcción del centro comercial no se produce de una manera caprichosa, sino que se fundamenta en un dato relevante, cual es el de la provisionalidad de lo construido y el peligro de que se produjera algún corrimiento de tierras por no estar todavía suficientemente consolidado el terreno, con lo que ello podía afectar a los viales públicos que lindaban con la estructura subterránea de la obra.

Al efecto hemos tenido ocasión de comprobar el estado de la construcción mediante los reportajes fotográficos presentados por uno de los recurrentes, en los que puede observarse que entre el muro de contención de la zona parking y el límite de tierra del hoyo de la excavación, existe un espacio todavía no cubierto, y que ese muro de contención, en otros tramos, todavía no está finalizado. Puede así comprenderse, sin necesidad de estudios superiores de arquitectura y poniendo en juego sólo el sentido común, la lógica y la experiencia humana, que el riesgo de que por circunstancias imprevistas la tierra pueda desplazarse hasta alcanzar el muro, o superarlo en los lugares en que no llegaba a ras, es importante y serio, de manera que actuar administrativamente en el sentido de continuar con las obras para consolidar lo ya efectuado, evitando así riesgos para terceras personas, no nos parece un supuesto de desobediencia pertinaz, torpe y reiterada.

Pero, además de lo anterior, expuesto como elemento fáctico que elimina la desobediencia, existen argumentos jurídicos evidentes por incumplimiento del tipo; en efecto, como argumenta acertadamente el MINISTERIO FISCAL, no basta con la existencia de una resolución judicial para que su no obediencia inmediata genere un delito de desobediencia, sino que dicha resolución ha de entrar en una cierta fase de ejecutividad, es decir, se ha de intimar y requerir a aquel que resulta afectado por la parte dispositiva de la resolución para que cumpla con lo que dice. Todas las recientes sentencias de nuestro Tribunal Supremo referidas al tema y consultadas en las bases de datos al uso hacen referencia a este requerimiento, que incluso en ocasiones se produce en varias ocasiones, existiendo incluso para el caso de que la primera o primeras no se cumplan el mecanismo de las multas coercitivas. Sin ese acto posterior a la resolución indicando su ejecutividad y requiriendo al afectado para que haga lo



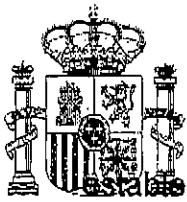
se le dice no puede existir desobediencia alguna.

Entre los requisitos genéricos de la desobediencia, se vienen exigiendo dos que entendemos resultan ser de capital importancia, el primero, la orden de la autoridad, que en este concreto caso podemos asimilar con la resolución judicial, que impone una conducta activa y pasiva, y el segundo, un requerimiento hecho con las formalidades legales, sin que sea preciso que se aperciba de la posibilidad de incurrir en un delito de desobediencia en el caso de ser desatendido. Por lo demás la negativa al cumplimiento de la orden ha de ser voluntaria, obstinada, contumaz. Pues bien, del repaso de las actuaciones hecho por este Tribunal, y salvo error u omisión, el requerimiento simple y llanamente no existe, a salvo de la indicación de la propia parte querellante al Ayuntamiento para que cumpla con las órdenes de suspensión, iniciativa esta que si bien no podemos criticar por ser ajustada a los cánones de la normalidad, no supone en modo alguno el acto de intimación a que se refiere la jurisprudencia, pues esta hecho desde el ámbito particular, careciendo lógicamente de la capacidad de obligar.

CUARTO.- En segundo lugar estudiaremos los delitos de cohecho que la parte entiende que residen en el concierto de los convenios urbanísticos de GEDIP SA y SUPECO MAXOR SL con el Ayuntamiento de Puigcerdà, firmados respectivamente los días 16-8-02 y 20-3-03, folios 34 y 140 de las actuaciones, por entender que con los mismos se estaba entregando una cantidad de dinero por la concesión de licencias urbanísticas, es decir, una compraventa de licencias administrativas.

Como se ha señalado con reiteración, a lo que no se han opuesto las partes impugnantes del recurso, la licencia urbanística no es objeto de concesión o no concesión caprichosa, sino que la misma es reglada, de suerte y manera que si se reúnen los requisitos que marcan las normas administrativas las licencias han de ser concedidas, y al contrario, si estos requisitos no son reunidos la licencia no puede ser otorgada. Tan arbitrario sería lo uno como lo otro. De esta suerte podemos entender que si el objeto de los convenios es la concesión de una licencia a la que no se tiene derecho se podría incurrir en un delito de cohecho por efectuar un pago para ejecutar algo que es ilegal, o si se tiene derecho a ella el delito podría ser también de cohecho por entregar una dádiva muy importante por la simple consideración que se tiene a la autoridad que la recibe. Hemos de examinar entonces el contenido de los convenios y su repercusión posterior.

Por lo que se refiere al convenio con GEDIP SA de 16-8-02, breve y conciso, la obligación que asume el Ayuntamiento de Puigcerdà a cambio de la colaboración económica de 240.404'80 euros destinados a la construcción e instalación de ascensores para salvar el desnivel existente entre la estación de ferrocarril y el centro de la ciudad, es la de iniciar los trámites de modificación puntual del Plan Parcial sup- 15, sector "La Closa de l'Àngel". Al respecto se

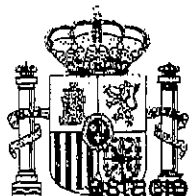


establecerían tres periodos de pago, siendo el último de ellos el de la concesión de las respectivas licencias de actividad del supermercado y la gasolinera a BON PREU por parte del Ayuntamiento.

Y en cuanto al convenio con GRUP SUPECO MAXOR SL de 20-3-03, mucho más complejo que el anterior, en su apartado primero referido a su objeto se alude a la coordinación por parte del Ayuntamiento de Puigcerdà de los diferentes expedientes que integran el procedimiento de la instalación de una estación de carburantes y de la reordenación de la actual superficie comercial y de su aparcamiento, comprometiéndose dicho Ayuntamiento a tramitar con rapidez la licencia provisional y a precario para que sea informada por la Comisión de Urbanismo de Girona, tramitar y conceder, de acuerdo con la normativa urbanística y con toda la reglamentación sectorial aplicables, la licencia para la ampliación del aparcamiento, tramitar y conceder, de acuerdo con la normativa urbanística y con toda la reglamentación sectorial aplicables, las licencias para la instalación de una estación de carburante, y tramitar y conceder, de acuerdo con la normativa urbanística y con toda la reglamentación sectorial aplicables, las licencias para la reordenación de la superficie comercial, y todo ello a cambio de ceder el aparcamiento para la Fira anual del Cavall y de la entrega de 480.809'68 euros, pagaderos en dos plazos, previniéndose la posibilidad de resolución del convenio si no se le concedieran las licencias.

Así las cosas, ninguno de los dos convenios impone al Ayuntamiento la concesión de las licencias de una forma obligatoria, sin someterse a las normas administrativas que regulan los requisitos que deben reunir las solicitudes para que dichas licencias puedan ser positivas, lo que implicaría la solicitud para realizar un acto injusto, sino que el primer convenio se refiere exclusivamente a la modificación urbanística, que por naturaleza no puede ser inmutable y puede variar en el tiempo conforme a los nuevos intereses vecinales del municipio, sin que ello entrañe irregularidad alguna, y el segundo sujeta la concesión de las licencias al cumplimiento de la normativa urbanística y sectorial que resulte aplicable, que a consideración de las partes se halla cumplida, sin perjuicio de los informes y dictámenes que correspondan a otros organismos supramunicipales, siendo significativo que se prevea la posibilidad de no concesión de las licencias por causa no imputable a SUPECO MAXOR SL, lo que conllevaría, en lógica contractual, la resolución del convenio.

Hemos de zanjar un primer tema como es que, de la prueba practicada no se acredita en modo alguno que haya existido un enriquecimiento personal por parte de alguno de los imputados o personas vinculadas a ellos, pues las prestaciones económicas pactadas, dentro del margen temporal de los plazos en que debían ser satisfechas, quedaron integradas en las arcas municipales, habiéndose constatado así a través de la certificación de la Intervención del Ayuntamiento de Puigcerdà. Es decir, la totalidad de los ingresos de los convenios económicos de colaboración se destinaron al fin que estaba pactado, la construcción de ascensores que unieran la parte central del pueblo con la



estación ferroviaria que se hallaba en la parte baja, superando con ello el desnivel.

10/18

Es cierto que con ello el partido político gobernante al que pertenecían dos de los imputados se veía claramente beneficiado ante sus vecinos al haber cumplido con la promesa electoral calificada como de estrella, lo que significaba que podían resultar nuevamente elegidos por la confianza que podían despertar entre los ciudadanos. Ahora bien, lo que uno de los recurrentes ve anormal, el rédito político que puede obtenerse de una determinada gestión municipal, no es sino lo propio y natural de la acción de los partidos, de suerte y manera que la lógica y el sentido común, que no siempre resultan ser quienes más en juego entran a la hora de elegir a nuestros representantes, disponen que aquellos que hagan una mejor labor en el ejercicio del cargo público, indudablemente dentro de los márgenes de la legalidad, sean quienes mejor posicionados se encuentren a la hora de alzarse con un futuro triunfo electoral. De esta manera, el buscar financiación privada para la obtención de dinero con el que construir los susodichos ascensores, no merece ser calificado sin más como delito de cohecho si no se vislumbra la injusticia de lo que se entrega o concede por parte del Ayuntamiento.

Por su parte los gestores imputados de las entidades colaboradoras, pese a que desde el punto de vista particular pueda parecer una contribución exagerada, han defendido el convenio desde términos esencialmente publicitarios, de suerte tal que colaborar con una obra pública, al parecer importante desde el punto de vista el ciudadano de Puigcerdà, conllevaba una inversión emocional entre los vecinos-clientes, especialmente para la entidad que concierne en segundo lugar que ve como un directo competidor puede obtener publicidad y estimación popular.

Finalmente en este punto hemos de acoger la jurisprudencia que nos cita uno de los impugnantes del recurso, STS de 15-2-94, en el sentido de que no puede constituir delito de cohecho cuando el ingreso que se genera como pago en un convenio urbanístico celebrado entre un particular y una corporación municipal si se ingresa en las arcas del Ayuntamiento para el cumplimiento de la finalidad que se estipulaba en el acuerdo, dado que no puede darse cuerpo al concepto de dádiva o presente, nota común a los diversos tipos de cohecho, por no concurrir en estos casos la idea de corrupción.

Finalmente cabe reseñar que los convenios urbanísticos son una figura jurídica contemplada en la ley, concretamente en la Ley 2/02 de 14 de marzo de la Generalitat de Catalunya, aplicable en el momento de los hechos, en sus arts 8. 3 y 98. 4, preceptos, que han pasado a la legislación actual constituida por el Decreto Legislativo 1/05 de 26 de julio por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de la Generalitat de Catalunya. Ciertamente es que se trata de una figura controvertida dado que la participación de los particulares en la confección del planeamiento municipal puede dar lugar a fraude para dar



supremacía a los intereses privados frente a los generales, pero ello queda solventado con la exigencia de que en todo caso, como afirma la jurisprudencia de forma reiterada, no puede convenirse o transigirse en materias de orden público que no se hallan a disposición de los contratantes; ni pactarse la contravención de normas de obligado cumplimiento. En definitiva es el propio Ayuntamiento quien, con independencia de lo que aparezca en el convenio, ha de aplicar la normativa administrativa, siendo de su competencia el cumplimiento de la legislación urbanística.

QUINTO.- En último lugar es necesario examinar las distintas actuaciones administrativas ejercidas por parte del Ayuntamiento de Puigcerdà, por si con las mismas se hubiera podido incurrir en algún acto de prevaricación urbanística.

Pese a que las irregularidades que se citan son múltiples entendemos que para el análisis que nos ocupa podemos agruparlas hasta en tres planos diferentes, indicando ya de entrada que cada uno de estos grupos puede llegar a albergar varias actuaciones; así hablaremos tanto de la modificación del planeamiento en relación con la construcción de un centro comercial por la mercantil GEDIP SA y de la concesión de licencias administrativas a esta entidad para llevar a cabo esa construcción, como de la concesión de licencias administrativas a la entidad mercantil SUPECO MAXOR SL para llevar a cabo obras de remodelación del centro comercial que ya tenía ubicado en Puigcerdà, como de la retroacción del expediente administrativo de GEDIP para iniciarlo de nuevo.

El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación y 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. Antes de entrar sobre el particular no podemos sino traer a colación los elementos jurídicos que la jurisprudencia exige para que pueda hablarse de un delito de prevaricación urbanística, y ello con independencia de que el precepto concretamente aplicable sea el art. 320 o el art. 404, ambos del Código Penal, dado que el centro sobre el que gravitan dichos preceptos es el actuar a sabiendas de la injusticia que se esta realizando.

Buen ejemplo podría ser la STS de 13-3-09. Dicha resolución señala que la injusticia es el apartamiento del Derecho; sin embargo no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves; no son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación. Así ese apartamiento ha sido significado con los adjetivos de clamoroso, grosero o esperpéntico, de suerte tal que la interpretación de la norma no resista ninguno



de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una solución al significado de la norma, cualquiera que sea la finalidad de la misma,

La jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la prevaricación. Así, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venían poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera, o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal.

Otras sentencias, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 del Código Penal a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9. 3 de la Constitución Española, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa.

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, STS de 23-9-02, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, STS de 17-5-02, o cuando la resolución adoptada no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos, STS de 25-1-02. 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.

En definitiva, esa contradicción con el derecho o ilegalidad, 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, es decir, que sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una



argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable.

Dicho todo lo anterior empezaremos por la concesión de diversas licencias a la entidad mercantil SUPECO MAXOR SL.

Esta entidad regentaba ya en Puigcerdà un centro comercial dividido en dos locales, uno dedicado a alimentación en general y otro a bazar, existiendo un aparcamiento que daba cobertura a ambos. Como consecuencia del dictado de la modificación puntual del Plan Intermunicipal de la Cerdanya aprobado por la Comisión de Urbanismo de Girona, precisamente a instancias del Ayuntamiento de Puigcerdà, se produjo una modificación de los usos y parámetros del suelo industrial, calificación que merecía la finca en que se ubicaban los locales comerciales de SUPECO MAXOR SL, de suerte y manera no se admite el uso comercial alimentario, y, en cuanto al no alimentario, se excluye el destinado directamente al consumidor.

En consideración a esta nueva calificación urbanística se sostiene desde la postura jurídica de las acusaciones recurrentes que al quedar los locales y sus servicios anexos fuera de ordenación, no estaba permitida en modo alguno la modernización, de suerte y manera que aunque no se produce una demolición inmediata acelerando su fin, sí que se prevé como final por la imposibilidad de la consolidación. Esto implica que las licencias que se concedieron para las obras, para la gasolinera y para el aparcamiento eran francamente ilegales por no poder ser admitida una interpretación en derecho diferente que la de imposibilidad de modernización.

Lo cierto es que el tema resulta, cuando menos discutible en el ámbito contencioso administrativo. Por lo que se refiere a la licencia en precario para la ampliación del aparcamiento, el recurso que contra la misma se interpuso fue desestimado en la primera instancia administrativa y estimado en la superioridad, lo que implica una disparidad de criterios jurídicos entre uno y otro órgano que hacen inviable la existencia de prevaricación, pues lo que no resulta meridianamente claro en la interpretación de las normas no puede ser tildado de arbitrario ni de injusto, sino de discutible en la correspondiente jurisdicción. Y por lo que se refiere a las licencias para la instalación de un surtidor de combustible, es cierto que el mismo venía claramente ligado a la explotación comercial de SUPECO MAXOR SL, pero no lo es menos que se ha sostenido por parte de JUAN ANTONIO SOLANS HUGUET, considerado por todos un experto en la materia por haber ostentado el cargo de Director General de Urbanismo durante 20 años, desde 1980 hasta 2000, que la instalación de gasolineras no puede quedar afectada, según los Tribunales Europeos, por el planeamiento al tratarse de un servicio más.

Finalmente, la licencia concedida para la realización de obras en el local comercial de mayor tamaño con la finalidad de integrar allí tanto la alimentación como el bazar, tampoco puede tildarse de prevaricadora por la infracción del art.



la Ley de Urbanismo 2/02, que no permite la realización de obras de modernización y consolidación de las construcciones y usos que queden fuera de ordenación, tanto, por un lado, porque existe una discusión sobre la situación administrativa del local era de fuera de ordenación o de uso disconforme, pues en este segundo caso este tipo de obras podían estar permitidas, y de otro porque con el traslado del bazar al centro comercial de alimentación, para reunir en un sólo local todos los productos a la venta, no obligando a los clientes a trasladarse de uno a otro, por cerca que pudieran encontrarse, ni implica, al menos a los efectos penales de la observancia de un delito de prevaricación, un aumento de volumen constructivo, ni una modificación de la licencia concedida en su día.

Si existe discrepancia sobre la consideración jurídico administrativa de las posibles modificaciones que se podían hacer en el local de SUPECO MAXOR SL a la vista del cambio de calificación del suelo al pasar a ser industrial, no puede un Tribunal del orden penal entender que exista prevaricación porque la autoridad administrativa se decante por la defensa de una de ellas para la consecución de sus propios fines.

En segundo lugar entraremos a dilucidar la actuación de otro de los querellados mediante la retroacción del procedimiento administrativo llevado a cabo en la modificación del planeamiento llevada a cabo conforme al convenio firmado por GESDIP SA y mediante la aprobación posterior de un estudio de detalle que reproduce la modificación del Plan Parcial del sector "La Closa de l'Àngel".

Se queja el recurrente de que, estando vigentes los procedimientos contencioso administrativos tendentes a declarar la ilegalidad de la modificación por haber irregularidades insubsanables en el proceso, el nuevo alcalde de Puigcerdà, el querellado JOAN PLANELLA CASASAYAS, acordó en fecha 30-4-04 retrotraer las actuaciones a la fecha de aprobación del convenio firmado con GESDIP SA, lo que supone vaciar de contenido el recurso interpuesto contra la modificación del plan; y en segundo lugar se queja también de que tras esta retroacción se ha aprobado definitivamente en fecha 11-8-06 un estudio de detalle, coincidente con el contenido inicial de la modificación del Plan Parcial del sector "La Closa de l'Àngel", estudio de detalle que es una figura jurídica que ha desaparecido de nuestro ordenamiento desde la entrada en vigor de la Ley de Urbanismo 2/02.

Pues bien, la simple retroacción del procedimiento administrativo de modificación del Plan Parcial del sector "La Closa de l'Àngel" puede suponer un contratiempo para el recurrente al persistir un procedimiento contencioso administrativo que queda vacío de contenido por ser la propia administración la que no sustenta ya la variación urbanística denunciada, pero al fin y al cabo coincide con lo que se pretendía, pues si se defendía la existencia de intolerables irregularidades en la tramitación de esa modificación, con la



decisión administrativa de retrotraer el proceso a su inicio, precisamente al momento en el que se firma el convenio con GESDIP SA, con la finalidad de darle nuevamente impulso, decisión política cuyo enjuiciamiento, obviamente, no nos corresponde, pero sometiéndose a su tramitación ordenada, se esta reconociendo la existencia de esas irregularidades que hacen insalvable la modificación, previendo incluso cual puede ser la decisión última de los Tribunales de anular lo hecho. Así por ejemplo consta que en esta nueva tramitación se ha pedido informe a la Comisión de Equipamientos Comerciales que faltaba en el primer expediente, y que esta se ha pronunciado en sentido negativo.

En este proceso de retroacción de las actuaciones administrativas se denuncia también que se ha aprobado definitivamente la modificación del Plan Parcial del sector "La Closa de l'Àngel" a través de un estudio de detalle, modificación que fue declarada nula por sentencia de fecha 22-3-07 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Consta en las actuaciones que mediante sentencia de 23-7-08 dictada también por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se considera que la figura jurídica del estudio de detalle para la utilización que se le ha dado, la aprobación del Plan al que venimos refiriéndonos, es contraria a la ley porque excede de lo que debe ser su contenido, pues en este no esta recogida la modificación de los usos establecidos por un instrumento de planeamiento de rango superior.

Ahora bien, la consideración de nulo del estudio de detalle por el que se pretende la modificación del planeamiento que no fructificó anteriormente, no supone la existencia de prevaricación, pues, contando con los informes oportunos como el de fecha 23-7-07 de los Servicios Jurídicos de la Diputación de Girona, se ha tomado una decisión que luego ha sido considerada contraria a derecho por parte de los Tribunales. La existencia de este estudio de detalle no era recogida por la parte querellante como una prevaricación añadida sino como un argumento más sobre las reticencias del Ayuntamiento de Puigcerdà para cumplir con las resoluciones de la jurisdicción administrativa, al igual que la retroacción, desobediencia que ya hemos tratado con anterioridad y que hemos considerado inexistente por, entre otras razones, falta de los oportunos requerimientos.

En tercer lugar es preciso adentrarse en los aspectos que entendemos más conflictivos, como son los derivados de la modificación del Plan Parcial del sector "La Closa de l'Àngel" y la posterior concesión de licencias urbanísticas.

Pese a que se habían dictado multitud de resoluciones administrativas ordenando el sector urbanístico de la zona denominada "La Closa de l'Àngel", en el sentido de considerarlo ámbito de urbanización prioritaria destinado a la construcción de viviendas, tanto del Conseller de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalitat de Catalunya en fecha 15-9-00, como de la Comisión



Provincial de Urbanismo de Girona de fecha 22-12-00, como del propio Ayuntamiento de Puigcerdà de fecha 21-2-02, lo cierto es que la concertación del convenio urbanístico con GESDIP SA que abrió las puertas a la financiación de un proyecto político de importancia como era el de la construcción de los ascensores que unían dos barrios de dicha población, llevó al Ayuntamiento de Puigcerdà a instar una modificación puntual con la finalidad de conseguir que en la parcela 4 se pudiera construir un centro comercial que ocupase la planta baja y el primer piso.

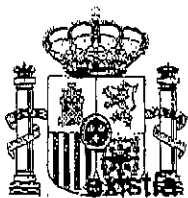
Como ya hemos dicho con anterioridad el planeamiento urbanístico no puede ser una regulación inmutable, pues las necesidades sociales han de permitir su variación, siguiendo como es lógico los trámites que la legislación prevé para ello.

Ahora bien, el Ayuntamiento de Puigcerdà modificó por sí mismo el Plan Parcial del sector "La Closa de l'Àngel" a través de dos instrumentos administrativos, primero, con la aprobación provisional por los decretos de alcaldía y del pleno de 23-8-02 y 20-9-02, respectivamente, y segundo, con la aprobación definitiva del pleno de 6-3-03. Pero para llegar a este punto se omitieron trámites esenciales como la publicación del convenio urbanístico, o los informes preceptivos de la Dirección General de Comercio, de la Comisión Provincial de Urbanismo de Girona y la Comisión Comercial, que no fue constituida pese a ordenarlo la Ley 17/00 de Equipamientos Comerciales. La falta de toda esta tramitación, en trámite exclusivo de instrucción y sin prejuzgar la resolución final que pudiera dictarse, nos parece un camino torticero para alcanzar la finalidad última que se pretendía por parte del Ayuntamiento, la financiación privada. Además, la variación que se hizo chocaba de entrada frontalmente con el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales aprobado por Decreto 211/01 de 24 de julio, que prohibía la instalación de grandes superficies en la localidad de Puigcerdà.

Para fundamentar la legalidad de su decisión el imputado se ha fundamentado en diversos argumentos de tipo jurídico administrativo que entendemos no son asumibles en este momento en la vía penal.

Así en primer lugar se sostiene que en el Sector "La Closa de l'Àngel" no estaba prohibido el equipamiento comercial y que por ello la instalación de la superficie era legítima. Es cierto que, pese a tratarse de un plan para la construcción exclusiva de viviendas, el uso comercial estaba permitido en los locales de planta baja, para el lógico establecimiento de pequeños comercios que dieran cobertura de servicios básicos de abastecimiento a las viviendas que se construirían en las plantas superiores, pero este uso subsidiario en modo alguno permite afirmar que es posible la concentración de todos los comercios en uno sólo que ocuparía no sólo planta baja sino también primer piso.

Otro argumento es que la legislación actual no le era aplicable porque



existe una licencia administrativa que permitiría aplicar la legislación anterior, en la que no era exigible todo este tipo de informes que el imputado dejó de solicitar. La Disposición Transitoria 2ª de la Ley 17/00, permitía a quienes tuvieran una licencia en trámite con anterioridad al 1-11-00, someterse a la normativa anterior; así, GESDIP SA habría solicitado licencia para la construcción del centro comercial exactamente el día anterior a la expiración del plazo, el 31-10-00. Entendemos que esta alegación es una nueva interpretación de la ley torcida para tratar de vestir de legalidad lo que fue una decisión, a primera vista, caprichosa.

Efectivamente, por un lado la solicitud de una licencia remitida por correo no puede ser considerada como la existencia de una licencia en trámite, que es lo que exige la legislación transitoria, especialmente cuando no es hasta casi dos años después que se pone en marcha el procedimiento con la firma del convenio y se conceden las oportunas licencias. Como bien sostiene el MINISTERIO FISCAL, esa solicitud en modo alguno causó el efecto deseado porque por el propio Ayuntamiento de Puigcerdà se incluyó esa finca en un concreto modelo de urbanización que voluntariamente excluía los centros comerciales. Es más el sometimiento a una u otra legislación a los efectos de la tramitación burocrática de las licencias, especialmente sobre los informes que es preciso solicitar a otros organismos públicos, no define lo que debe ser considerado con gran centro comercial, cuyos parámetros para Puigcerdà, localidad con menos de 10.000 habitantes, eran aquellos que superasen los 800 m2, de suerte y manera que el proyectado tenía claramente la condición de gran superficie, con unos 1.650 m2 en planta baja y 570 m2 en planta primera.

Finalmente si que deseamos hacer un brevísimo comentario sobre la utilización para los fines que en esta resolución se han ventilado del asesoramiento de profesionales de la arquitectura externos y no el de la arquitecta municipal. Y este comentario es simple y sencillamente para entender que, pese aunque pueda existir algún tipo de irregularidad desde el punto de vista administrativo por no recurrir a la funcionaria municipal deliberadamente, siendo que ésta no se había abstenido de intervenir en el expediente, su capacidad para emitir informes estaba, pese a no dudar de la bondad de sus argumentaciones, formalmente viciada por su relación sentimental con el querellante, que explotaba otras gasolineras en la localidad de Puigcerdà, y la instalación de otras dos en los centros de BON PREU SA y SUPECO MAXOR SL significaba una directa competencia y la previsible reducción de sus futuras ganancias.

SEXTO.- No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

VISTOS los preceptos y principios citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.



PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ADOLFO GARCÍA MORALES, **ESTIMAR** parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la representación de TOMÁS LAMARCA ABELLÓ, la entidad mercantil ESTACIÓ DE SERVEI MORER PUIGCERDÀ SA y la entidad mercantil URBANITZACIÓ VINYALS SL, y por el MINISTERIO FISCAL, contra el auto dictado en fecha 12-1-07 por el Juzgado de Instrucción Único de Puigcerdà, del que este rollo dimana, **REVOCANDO** la meritada resolución en el único sentido de ordenar la continuación del procedimiento contra el imputado JOAN CARRETERO GRAU por los hechos relacionados con la modificación del planeamiento urbano y la concesión de licencias a la entidad GEDIP SL, bien dictando el auto de transformación de las actuaciones, bien practicando más diligencias, según el leal y buen saber del Instructor, confirmando la meritada resolución por lo que se refiere a los otros tres impugnantes de los recursos y a los restantes que se les imputaban, sin hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumplió lo acordado; doy fe.