

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES

SECCIÓN SEGUNDA

SENTENCIA Nº 75/08

=====

Presidente

Juan Catany Mut

Magistrados

Eduardo Calderón Susín

Diego Gómez- Reino Delgado

=====

Palma de Mallorca, 14 de Noviembre de 2008

Vistas por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, en juicio oral y público, las presentes actuaciones, rollo de esta Sala num. 26/08, que dimanán del procedimiento abreviado número 3501/06, seguido ante el Juzgado de Instrucción número 12 de Palma de Mallorca, incoadas por delitos de falsedad en documento oficial, prevaricación administrativa, ambos en continuidad delictiva y contra la ordenación del territorio contra Eugenio Hidalgo Garcés, nacido en Zalamea de la Serena el 25 de febrero de 1950, con documento de identidad 36.407.784 Y, defendido por el letrado D. Rafael Perera Mesquida, Jaime Massot Sureda, nacido en Palma de Mallorca el 26 de marzo de 1945, con documento de identidad 41.357.059 T, defendido por la Letrada doña Carolina Ruiz y Juan Carlos Hidalgo Garcés, nacido en

Navamorcuende (Toledo), el 26 de Abril de 1958, con DNI número 35.002.929-B y defendido por el Letrado Don. Santiago Rodríguez-Miranda, habiendo intervenido como acusación pública el Ministerio Fiscal y como acusadores particulares el Ayuntamiento de Andratx, defendido por la Letrada Dña. Isabel Fluxá Haro.

Ha sido designado ponente el Magistrado Diego Jesús Gómez-Reino Delgado, quien expresa el parecer de este Tribunal

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- Las presentes actuaciones tienen su origen en las diligencias previas incoadas en el Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma iniciadas por denuncia de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

SEGUNDO.- Tramitado el procedimiento por los cauces legalmente previstos por el Juzgado instructor en averiguación de las circunstancias fundamentales de los hechos imputados y de las personas responsables de los mismos, se dio traslado de las diligencias al Ministerio Fiscal y a las acusaciones particulares formulando el primero escrito de acusación en fecha 5 de Noviembre de 2007 contra Eugenio Hidalgo Garcés, Jaime Massot Sureda y Juan Carlos Hidalgo Garcés, acusándoles de un delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario de los artículos 390.1.4 y 74 del CP, de un delito continuado de prevaricación urbanística de los artículos 320 y 74 del CP y de un delito contra la ordenación del artículo 319 del CP, de los que consideró responsables a los acusados, Jaime Massot en calidad de autor y los hermanos Juan Carlos y Eugenio Hidalgo Garcés como inductores, respecto de los delitos de falsedad y de prevaricación urbanística y acusando a Juan Carlos Hidalgo únicamente del delito contra la ordenación del territorio, solicitando las penas de: A Jaime Massot 6

años de prisión y multa de 24 meses, con una cuota de 100 euros e inhabilitación especial para cargo público por tiempo de 6 años, por el delito de falsedad, 2 años de prisión e inhabilitación especial para cargo público por tiempo de 10 años, por el delito de prevaricación. A Eugenio Hidalgo le solicitó 6 años de prisión y multa de 24 meses, con una cuota de 100 euros e inhabilitación especial para cargo público por tiempo de 6 años, por el delito de falsedad, 2 años de prisión e inhabilitación especial para cargo público por tiempo de 10 años, por el delito de prevaricación. Y a Juan Carlos Hidalgo las penas de 3 años de prisión, multa de 24 meses, con una cuota de 100 euros e inhabilitación especial para cargo público por tiempo de 2 años por el delito de falsedad, 6 meses de prisión e inhabilitación especial para cargo público por tiempo de 7 años por el delito de prevaricación urbanística y la de 3 años de prisión, multa de 24 meses, con una cuota diaria de 100 euros, e inhabilitación especial para la promoción o construcción urbanística por sí o como administrador de una sociedad, durante 3 años y demolición a su costa de lo construido.

TERCERO.- La Acusación Particular formulada por el Excelentísimo Ayuntamiento de Andratx, en fecha 8 de Noviembre de 2007 presentó escrito de calificación, contra los acusados y por los mismos delitos, si bien con algunas modificaciones: A Jaime Massot le solicitó una pena de inhabilitación especial para el delito de falsedad de 10 años, en lugar de los 6 que pidió el Fiscal.

CUARTO.- Trasladadas las actuaciones a las defensas se presentaron escritos de conclusiones en fechas 19, 20 y 21 de Diciembre de 2007, solicitando la libre absolución de los acusados de todos los cargos formulados en su contra.

QUINTO.- Turnada la causa a esta Sección se ha celebrado durante los días 28, 29 y 30 de Octubre pasado, la vista con la comparecencia de las partes, practicándose como pruebas la declaración de los acusados y la

testifical, así como la pericial a cargo de los peritos Srs. Balaguer, Munar y Vidal, más la documental admitida, con el resultado que se refleja en el acta de juicio. El Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones a definitivas, calificando los hechos como constitutivos de sendos delitos de falsedad en documento oficial por funcionario público y de prevaricación administrativa, previstos y penados en los artículos 390.1.4 y 320 del CP, ambos en grado de continuidad delictiva del artículo 74 y de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del CP, considerando autores de los dos primeros delitos nombrados a los tres acusados, Jaime Massot en calidad de autor material y los hermanos Hidalgo en calidad de inductores y del tercero, contra la ordenación del territorio, únicamente el acusado Juan Carlos Hidalgo, solicitando para Jaime Massot la pena de 5 años de prisión, multa de 24 meses con una cuota diaria de 100 euros e inhabilitación especial para cargo o función pública en la administración estatal, local o autonómica por tiempo de 6 años, por el delito de falsedad; a la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para cargo o función pública en la administración estatal, local o autonómica por tiempo de diez años, por el delito de prevaricación. A Juan Carlos Hidalgo Garcés, la pena de 3 años, multa de 6 meses, a razón de una cuota diaria de 100 euros e inhabilitación especial para cargo o función pública en la administración estatal, autonómica o local por tiempo de 2 años por el delito de falsedad; a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para cargo público por tiempo de 7 años por el delito de prevaricación y 2 años de prisión y multa de 24 meses, a razón de una cuota diaria de 100 euros e inhabilitación especial para la promoción o construcción urbanística por sí o como administrador o representante de persona jurídica durante 3 años, por el delito contra la ordenación del territorio. Y a Eugenio Hidalgo Garcés le solicitó una pena de 5 años de prisión, multa de 24 meses, a razón de una cuota diaria de 100 euros, e inhabilitación especial para todo cargo público por tiempo de 6 años por el delito de falsedad y la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para cargo o función pública en la administración estatal, autonómica o local por tiempo de diez años por el delito de prevaricación urbanística. Asimismo el Fiscal solicitó la condena en

costas de los acusados y de conformidad con el artículo 319, interesó que Juan Carlos Hidalgo proceda a la demolición de lo construido, elevando la Acusación Particular del Ayuntamiento de Andratx y las Defensas sus conclusiones a definitivas, informando a continuación las partes en apoyo de sus respectivas pretensiones.

HECHOS PROBADOS:

Probado y así se declara que:

El acusado **JUAN CARLOS HIDALGO GARCÉS**, mayor de edad, sin antecedentes penales, en situación de libertad de la que ha estado privado por esta causa el 6-2-2.007 adquirió el 29-7-1999 y por un precio de 14 millones de pesetas (84.141,69 euros) la finca que comprendía la parcela 180 del polígono 12 del término municipal de Andratx. Dicha parcela contenía una edificación anterior a 1950 consistente en una vivienda de planta baja y piso.

La citada finca cuenta con una superficie total de 1138,40 m² según las fichas catastrales y está clasificada (en virtud de la Ley de Espacios Naturales de las Islas Baleares de 1991 y aparece grafiada en los planes que incorpora dicha norma), como **Suelo Rústico Protegido con la categoría de Área Natural de Especial Interés (ANEI)**. Dado el nivel de protección legal vigente y su superficie, era imposible autorizar, legalmente, la construcción, ampliación o las obras tendentes a posibilitar el cambio de uso de vivienda para la actividad de restaurante.

La Matriz de usos del suelo rústico que incorpora el Plan Territorial de la Isla de Mallorca, establece que en el suelo clasificado como ANEI no están permitidos los usos de vivienda unifamiliar ni el de restaurante.

Pese a la imposibilidad legal, este acusado decidió proceder a efectuar las obras, construcciones y reformas necesarias para cambiar el uso de la vivienda existente y convertirla en un restaurante.

Asimismo, sobre las parcelas colindantes números 39 y 40 del mismo polígono 12 (con idéntico nivel legal de protección), que Juan Carlos Hidalgo adquirió en fecha 30 de Septiembre de 1999 y que procedió a reagrupar junto con la 180 en escritura notarial de 26 de Febrero de 2002 transformó una zona húmeda (aproximadamente 600 m2) mediante el vertido de grava y tierra en parking, jardín y terrazas, procediendo al cierre del parking.

Al acusado **Juan Carlos Hidalgo Garcés** le constaba fehacientemente la calificación de suelo rústico y su categoría de protegido como zona ANEI. En efecto, ya se había certificado documentalmente por el acusado **Jaime Massot Sureda** en fecha 27-11-1998 que se trataba de un suelo ANEI y que en cuanto tal los parámetros edificatorios estaban fijados en parcela mínima de 20 hectáreas, ocupación máxima del 4%, superficie máxima construible del 3% y que su uso permitido era el agrario y uso condicionado el de vivienda unifamiliar aislada y restantes usos con declaración de interés general, con lo que no era posible el cambio de uso a restaurante. Precisamente la existencia de esta clasificación como suelo ANEI permitió a Juan Carlos Hidalgo verificar la compra de la parcela 180 por un precio notablemente inferior al que tendría dicho terreno y edificación de contar con la calificación de suelo urbano. Así como también las parcelas números 39 y 40, que según la certificación registral las adquirió por un precio de 700.000 ptas. las dos. Tal era el grado de certeza que tenía Juan Carlos de que los terrenos era ANEI que en una de las tasaciones que solicitó para la obtención de un préstamo hipotecario sobre las parcelas, por cierto, cuyo valor se había cifrado en 44.890.000.-Ptas., se indicaba que la clasificación urbanística del terreno era de suelo no urbanizable. Además, en el Ayuntamiento existía un catálogo interno que dijo manejar el propio Massot a efectos informativos en el que los

terrenos en cuestión estaban catalogados de ANEI, con lo que cualquier persona que demandase información sobre la situación urbanística de la parcela, sabría su carácter de suelo rústico protegido.

Ninguna duda podía albergar el acusado **Juan Carlos Hidalgo** de cual era la calificación urbanística como ANEI que tenían las fincas desde el momento en que tres días antes de otorgar la escritura de compraventa (el 26-7-1999) el Ayuntamiento de Andratx, con intervención de nuevo del propio acusado **Jaime Massot y a raíz de una solicitud prestada de su puño y letra por el mismo Juan Carlos Hidalgo**, le había certificado que se trataba de un suelo Rústico Protegido ANEI y cuyo uso permitido era el agrario.

Pese a estas certificaciones y documentos sobre la protección del terreno, una vez que el acusado **Juan Carlos Hidalgo Garcés** lo hubo adquirido comenzó las gestiones necesarias para poder realizar las obras ilegales que proyectaba.

Con esta finalidad Juan Carlos Hidalgo contrató los servicios del Arquitecto Francisco J. Muñoz Gil, fallecido en el año 2006, que era amigo y colaborador del acusado **Jaime Massot** en la entidad Territorio Asesores SL y por su intermediación y allanado el camino por la relación de parentesco existente entre Juan Carlos y el Concejal de urbanismo del Ayuntamiento, el también acusado Eugenio Hidalgo Garcés, por ser ambos hermanos, desconociendo si hubo o no algún tipo de prestación económica para ello u otro tipo de ofrecimiento o de favores, convencieron al también acusado **Jaime Massot Sureda**, mayor de edad, nacido el 26-3-45, sin antecedentes penales, en libertad de la que estuvo privado por esta causa del 27 al 30 de noviembre de 2006 que era el **Jefe del Área de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx** para que realizase cuantos actos administrativos fueran necesarios o convenientes, aunque fuesen ilegales, para obtener dicho fin.

Eugenio Hidalgo Garcés, mayor de edad, sin antecedentes penales, en situación de libertad de la que ha estado privado de ella por esta causa desde el día 27-11-06 al 13-12-06 y del 2-2-07 al 22-3-07, tenía pleno conocimiento de lo que pretendía su hermano **Juan Carlos**, así como de la calificación urbanística de la finca, ya que por su condición primero de Concejal y luego de alcalde, era sabedor de que en las distintas normas subsidiarias que fueron sometidas a la aprobación del Consell Insular los terrenos adquiridos por su hermano tenían la calificación de ANEI. Ello no obstante en un principio no consta que prestara colaboración a sus intenciones, habida cuenta de que a raíz de que su hermano, con el que era socio en la entidad EUCAR, le había ocultado la adquisición de la parcela para proceder a la explotación de un restaurante y que por tanto quería gestionar el negocio sin su participación como socio, se hallaban enemistados, lo que no impidió que posteriormente y como luego se dirá y con ocasión de la tramitación del expediente sancionador **4/01** cooperase eficazmente con él y le auxiliase en sus ilegales propósitos.

En virtud del acuerdo existente entre **Juan Carlos Hidalgo** y el acusado **Jaime Massot**, este último, a petición de aquél, emitió varias certificaciones, si bien todas ellas tenían esencialmente el mismo o parecido contenido y finalidad y respondían al mismo objeto, en las que modificando conscientemente su criterio expresado en anteriores certificaciones, participaba un cambio en la clasificación del suelo, con la consiguiente modificación de sus parámetros edificatorios y uso permitido de las parcelas propiedad de Juan Carlos. Así:

a).- Con fecha 8 de Enero de 2001 **Jaime Massot** que conocía fehacientemente la condición de rústico protegido de los terrenos elaboró un documento oficial aseverando (ahora que pertenecían a **Juan Carlos Hidalgo**) que se trataba de un suelo urbano.

b).- Con fecha 21 de Febrero de 2001 **Jaime Massot** elaboró un documento oficial ante la petición de **Juan Carlos Hidalgo** de 20-2-2001

en el que se indicaba que el uso de bar, cafetería y restaurante es un uso permitido por la normativa urbanística aplicable a ese terreno.

c).- Con fecha 11 de Enero de 2002 **Jaime Massot** de nuevo elaboró un documento oficial ante la petición de **Juan Carlos Hidalgo** del mismo 11-1-02 en el que se indicaba que se trataba de suelo urbano con calificación de Zona General Turístico Residencial. En este documento concretó que el uso residencial no estaba admitido en dicha parcela lo que resultaba contradictorio con su informe de fecha 14-2-01 y también con la licencia de 16-2-01 en el que se autorizaban las obras para una vivienda.

El acusado Jaime Massot al emitir las anteriores certificaciones era consciente y plenamente conocedor de que los terrenos no eran urbanos y que certificaba algo que no era cierto, porque, si bien en el Plan de Ordenación Urbana de Andraitx de 1976 no adaptado a las previsiones del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, se hacía constar que los terrenos adquiridos eran de Reserva Urbana, en las sucesivos proyectos de normas subsidiarias y en sus distintas versiones sometidas a la aprobación de la Comisión Insular de Urbanismo del Consell Insular en los años 1995, 2002 y 2003 y que fueron suspendidos respectivamente el 20 de Febrero de 1998, 6 de Mayo de 2003 y el 22 de Julio de 2005; hasta que el 26 de Abril de 2007, en que las Normas Subsidiarias han sido definitivamente aprobadas (BOIB 70 de 10 de Mayo de 2007), interviniendo el acusado Massot en el equipo redactor de tales normas hasta su cese el 6 de Julio de 2003, estos terrenos no aparecían descritos ni grafiados dentro del suelo urbano y ello porque la Ley de Espacios Naturales (Llei 1/1991, de 30 de Enero de Espacios Naturales y de Régimen Urbanístico de Las Áreas de Especial Protección de Las Islas Baleares) había incluido como ANEI dichas parcelas e incluso antes de su aprobación, ya que por acuerdo del Consell de Govern de fecha 21-7-1988 se había suspendido la vigencia del planeamiento de Andratx y se dictaron unas Normas subsidiarias y Complementarias para evitar que los espacios que iban a ser protegidos

por la futura L.E.N. fueran objeto de planeamiento urbanístico y que impidiese su protección. Todo ello para evitar la especulación y que los Ayuntamientos concediesen licencias en suelos que iban a ser desclasificados.

El conocimiento que albergaba el acusado Massot, en cuanto a la calificación como ANEI o rústico de especial protección de los terrenos, era tal que el Ayuntamiento de Andratx fue requerido, con ocasión de la no aprobación por el Consell Insular del proyecto de Normas Subsidiarias del 97, en la prescripción 22 de la necesidad de justificar debidamente el carácter urbano en las zonas ANEI 30 y 31. Dicho requerimiento (así como el de la prescripción 32 en el mismo sentido) no fue atendido, de tal modo que jamás se justificó, pues no era posible hacerlo, ante el Consell Insular el carácter de urbano y que el mismo fuera anterior a la aprobación de la Ley Espacios Naturales.

De igual modo el acusado Massot, dada su condición de Jefe del Área de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx, y porque las fincas adquiridas por Juan Carlos Hidalgo se hallaban ubicadas en el mismo paseo marítimo de Andratx y antigua carretera al faro, tenía que conocer que el Proyecto de Urbanización para la construcción de los Polígonos 11 y 12, Sector IV de C`an Perot que linda por su aire o fachada Oeste con las expresadas fincas no fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento hasta el año 1986, siendo su ejecución posterior a esa fecha, sin que en dicho momento siquiera estuviera abierta la Calle que conforma dicho polígono y actualmente lindante con las parcelas de Juan Carlos Hidalgo por su fachada o aire Oeste. Y que en dicho Proyecto de Urbanización no se hallaban comprendidas las fincas propiedad de Juan Carlos Hidalgo, las cuales, aparte de su calificación por la LEN como suelo ANEI, debido a que estaban situadas en una zona húmeda próxima a un torrente, dentro de la servidumbre de costas y que a salvo la edificación que esta situada en la zona lindante con el paseo marítimo, la parte posterior de la parcela y las colindantes por su derecha se trataba de terrenos rústicos; era manifiesto y patente para cualquiera que

a la entrada en vigor de la LEN no formaban parte del casco y del entramado urbano de Andraitx y que por eso mismo era voluntad del Ayuntamiento, por respeto a la vigencia de la Ley de Espacios Naturales y a la voluntad expresada por El Parlamento de las Islas Baleares con la aprobación de la citada Ley, que su calificación no fuera nunca la de terreno urbano, sino rústico de especial protección.

En la actualidad, según se certifica por el ayuntamiento de Andratx, dichos terrenos son rústicos protegidos como zona ANEI en congruencia con las normas subsidiarias vigentes y con la totalidad de proyectos desde 1997, así como con la situación fáctica y estado físico de las parcelas propiedad de Juan Carlos Hidalgo, ya que a la entrada en vigor de la LEN no contaba con todos los servicios exigidos de encintado de aceras, alcantarillado, agua potable y suministro de energía eléctrica, para que dichos terrenos pudieran calificarse de urbanos, puesto que la LEN no resultaba de aplicación a los terrenos que antes de su entrada en vigor tuvieran tal carácter, ni las parcelas, por no estar rodeadas por todos sus lindes o aires por suelo urbano, no se hallaban ubicadas dentro del entramado urbano del Municipio.

Por eso mismo Jaime Massot sabía y era conocedor de que cuando en el Certificado emitido a petición de Juan Carlos Hidalgo de fecha 8 de Enero de 2001, hizo referencia a que “ el suelo donde se ubica la edificación existente en la Avenida Gabriel Roca número 12 – quiso decir número 13 del Puerto de Andratx - tiene la calificación de Suelo Urbano de acuerdo con los criterios de aplicación directa establecidos en el artículo del Real Decreto 16/81 de 16 de Octubre, atendido a lo establecido en el artículo 3.3 de la Ley de Espacios Naturales”, se afirmaba consciente y deliberadamente algo que no era verdad y que solo tenía por objeto servir de excusa y para amparar en apariencia y otorgar formal legalidad a las obras de cambio de uso que pretendía realizar el acusado Juan Carlos Hidalgo, con quien se había concertado para este fin, sirviendo tales afirmaciones, expresión de su voluntad subjetiva y no de cumplimiento de la normativa urbanística, de

cobertura para el caso de que se cuestionase la corrección de su informe favorable al otorgamiento de la licencia sosteniendo que se trataba de una interpretación admisible de la normativa invocada, lo que Massot sabía que no era cierto y no se correspondía con la voluntad Municipal de respetar y preservar el carácter ANEI de los terrenos en cuestión, por ser una exigencia impuesta por el Parlamento de las Islas Baleares como consecuencia de la aprobación de la LEN y antes por efecto de la moratoria que introdujo el acuerdo del Consell de Govern de fecha 21-7-1988, en virtud del cual quedó suspendido cautelarmente la vigencia del planeamiento de Andratx .

Según el plan trazado por los acusados Juan Carlos y Jaime Massot y por ser ello necesario para proceder al cambio de uso de la edificación a restaurante y obtención de la preceptiva licencia se incoaron dos expedientes administrativos:

MA 255/00:

Este expediente (de obras y cambio de uso) se inicia en fecha 5-10-00, cuando **Juan Carlos Hidalgo** formuló la petición de licencia MA 255/00 en la que mencionaba que era una reforma de edificio para su cambio de uso a restaurante, para lo cual presentó un proyecto titulado de “reforma de edificio existente para su cambio de uso a restaurante”, elaborado por el arquitecto Francisco J. Muñoz Gil y planos adjuntos.

El día 14-2-01 Juan Carlos Hidalgo presentó en el registro del Ayuntamiento un escrito en el que manifiesta que *“al no tener definido en la actualidad el uso al que quiero destinar el edificio reformado”* renuncia a la *“solicitud de cambio de uso a restaurante”* y solicita únicamente licencia de obras.

Pese a ello, al mismo tiempo solicita ese mismo día 14-2-01 en otro expediente la licencia de instalación y apertura de restaurante (expediente 5/01).

Ese mismo día 14-2-01, como estaba previsto y había sido acordado, fue informada favorablemente por el Jefe del Área de Urbanismo (el acusado Massot) la mencionada licencia de obra mayor y, también, ese mismo día fue informada por el asesor jurídico. La licencia de obra mayor se otorgó el 16-2-01 por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, en la cual se excusó de participar y votar el Concejal de Urbanismo Eugenio Hidalgo, quien pese a conocer los ilegales propósitos de su hermano no venía, por causa de su relación de parentesco, legalmente obligado a denunciarle.

En el informe emitido por el acusado Massot se hacía constar la existencia de la resolución de fecha 7 de Febrero de 2001 emitida por la Dirección General de Litoral del Govern Balear autorizando el uso que se pretende dar como restaurante a la edificación existente sobre la parcela, pero indicando que la autorización quedaba condicionada: 1ª.- **“Que l’ús de restaurant que es pretén donar a l’edifici, estigui permès pel planejament urbanístic en vigor al municipi d’Andratx per la zona en qüestió.**

Pese a que se autorizaba las obras de vivienda era evidente por el contenido del proyecto (cámaras frigoríficas, aseos, etc.) que las obras estaban destinadas a una cafetería, bar o restaurante.

En este expediente MA 255/00, se presenta por la dirección facultativa de las obras constituida por el Arquitecto Francisco J. Muñoz y el aparejador Sr. Moll, el Certificado Final de Obra con fecha 25 de Abril de 2001.

MA 5/01

Como ya se ha reseñado en fecha 14-2-01 **Juan Carlos Hidalgo**, al tiempo que en la petición de licencia MA 255/00 formuló su renuncia a

uso de restaurante, inició la tramitación del expediente de licencia de apertura e instalación de restaurante 5/01.

Una vez se aportó el último documento (con fecha de emisión el 2-4-01) el día 24-4-01 **Jaime Massot** informó favorablemente la licencia de uso diciendo que *el uso que se pretende cumple con la normativa vigente*. Ese mismo día se emitió informe jurídico favorable y el 8-5-01 se otorgó la licencia de instalación y apertura en virtud de Decreto de la Alcaldía número 479/01, en el cual se indicaba que una vez ejecutadas las instalaciones y antes del funcionamiento, deberá solicitarse del Ayuntamiento la licencia de apertura y funcionamiento.

El 22 de Mayo de 2001 se presentó por Carlos Hidalgo certificado final de obra de las instalaciones del local destinado a restaurante expedido por el Ingeniero don José Antonio Gómez Ruiz y por Decreto de la Alcaldía número 580/01, se otorgó el 30 de Mayo de 2001, la Licencia de Apertura y Funcionamiento de la actividad de un restaurante sito en el número 13 de la Avenida Gabriel Roca Garcías, número 13 del Puerto de Andratx.

Para mejor cobertura de esta licencia, y con potencialidad para otros usos, **Jaime Massot** había elaborado el documento inveraz ya mencionado de fecha 21-2-2001 en el que indicaba que el uso de restaurante estaba permitido por la normativa urbanística, el cual fue incorporado en los expedientes MA 255/00 y en posterior de Legalización de las obras ejecutadas sin licencia el MA 184/01.

En este estado de cosas en fecha 15 de Mayo de 2001, el Agente Forestal J. Monterde, funcionario de la Consellería de Medio Ambiente, presenta denuncia dirigida al Director General de Biodiversidad dependiente del Govern de Les Illes Balears por realizar obras en el ANEI 31. Dicha denuncia fue remitida por el Director General de Biodiversidad al Ayuntamiento de Andratx – que fue registrada en fecha

26 de Junio de 2001 -, así como al Consell Insular (Comisión Insular de Urbanismo), en su condición de máxima autoridad urbanística.

Según rezaba dicha denuncia la localización de las obras se produce en la Zona húmeda d' Es Salauet a unos 100 o 150 metros de la línea de costa, que se corresponde con el ANEI número 31 y se dice que las obras realizadas consisten en reforma de una casa antigua, transformación de una zona húmeda, de una superficie aproximada de 600 m², mediante vertido de materiales inertes (grava, tierra, etc.), en futura área de parking y jardín y cierre del parking sin seguir las técnicas tradicionales, tal y como refleja la LEN.

En la denuncia el Agente Forestal indica que ha intentado solicitar en el departamento de Urbanismo del Ayuntamiento información acerca de si la licencia otorgada amparaba la construcción de una zona de parking en el área húmeda, sin que a la fecha de su informe se hubiera recibido respuesta.

El 19 de Junio de 2001, por el Servei de Disciplina Urbanística i Habitat, Secció d'Inspeccions del Consell Insular de Mallorca, actuando el Inspector don Joan Rovira, se lleva a cabo una inspección en la parcela propiedad del acusado Juan Carlos Hidalgo, sita en el número 13 de la Avenida Gabriel Roca Garcías, en la que tras constar que la situación urbanística de la finca es la de suelo rústico ANEI (aunque antes de ser desclasificado estaban considerados como terrenos de reserva urbana), se hace constar que existen una serie de obras que no se ajustan a la licencia concedida y consistentes en cambio de uso de unos 83 metros de planta con un porche de 12 metros cuadrados y unos 48 metros en planta piso; y ampliación de unos 12 metros con cubierta y cerramiento de vidrio, con dos ampliaciones en la planta piso.

Por parte del inspector del Consell se realiza una valoración de las obras realizadas, entre la reforma del edificio existente y de ampliación

por construcción de una pérgola y cerramientos, por importe de 8.617.977.- ptas.

La anterior denuncia y acta de Inspección es puesta en conocimiento del Ayuntamiento de Andratx por escrito remitido por la Comisión Insular de Urbanismo al Alcalde de la Corporación y en el que se indica que se trata de obras en suelo sin ajustarse a la licencia, consistentes en ampliación de pérgola de unos 12 metros cuadrados, ampliación de otros 12 metros cuadrados de la zona con cubierta y cerramiento con vidrieras en planta piso, así como por no estar autorizado el cambio de uso a restaurante que se realiza en la edificación de 83 metros cuadrados, por tratarse de terreno calificado como ANEI 31 del Puerto de Andratx.

En esa comunicación se participa y recuerda al Ayuntamiento que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Ley Autonómica 10/1990, de Disciplina Urbanística de 23 de Octubre, la obligación que tiene la Corporación de remitir en el plazo de quince días un escrito comunicando si ha procedido a incoar expediente sancionador a consecuencia de estos hechos, así como también se solicita una copia adverada de todas las actuaciones expedientadas que se hayan hecho sobre este particular y de todas las licencias y autorizaciones que se hubieran podido otorgar respecto de las obras realizadas y uso del suelo, incluyendo los correspondientes proyectos técnicos autorizados.

Finalmente en el anterior escrito el Consell Insular recuerda al Ayuntamiento que si transcurrido el expresado plazo de 15 días no se recibe ninguna respuesta, se entenderá que se dan las circunstancias previstas en el artículo 71 de la Ley de Disciplina para subrogarse en las competencias Municipales.

Una vez recibido la anterior comunicación en el Área de Urbanismo del Ayuntamiento en fecha no concretada pero anterior al día 12 de Julio de 2001, y condecor el acusado Eugenio Hidalgo de su

existencia, así como de la ilegalidad de las obras llevadas a cabo por su hermano en suelo ANEI y de que la licencia que amparaba las mismas era nula de pleno derecho por haber sido otorgada falseando la calificación urbanística del suelo y considerándolo mendazmente de Urbano y no obstante estar enemistado con su hermano, bien a iniciativa de éste o por propia decisión, decide ayudarle para impedir que el Consell Insular pueda subrogarse en las competencias Municipales e incoar expediente de disciplina urbanística e imponerle una sanción por el valor en que el Inspector del Consell había cuantificado las obras ejecutadas (8.617.977.- Ptas.).

A tal fin y tras manipular, u ordenar que alguien a su instancia lo hiciera, la fecha del registro de entrada en el Ayuntamiento de la comunicación del Consell y para dar la impresión de que aquellas es de fecha posterior, Eugenio Hidalgo da orden verbal al Celador del Ayuntamiento **JAIME GIBERT** para que el día antes a que se manipula la recepción del registro de entrada de la denuncia del Consell, esto es el día 11 de Julio de 2001, se persone en las obras que estaba realizando su hermano y proceda a levantar una acta de suspensión por realización de obras consistentes en: ampliación de pérgola de 12 m2, ampliación de escalera de 12 m2 en planta baja y 12 m2 en planta piso y cerramiento con carpintería de madera y vidrieras en la anterior área de escalera y uso de restaurante en la edificación sita en la Avenida Gabriel Roca, 13; sin contar con la correspondiente licencia; acta que es seguida del informe emitido por Técnico Municipal Enrique Almaran Moreno ratificando la ilegalidad de las obras descritas en el acta del Celador y en el que concluye que se trata de obras que no se ajustan a la licencia concedida.

Ese mismo día se dicta Decreto de la Alcaldía número 790/01 en el que se avocan las competencias que antes estaban delegadas en el concejal Eugenio Hidalgo y se incoa el expediente sancionador 40/01 con

una orden de suspensión de las obras. En el Decreto se acuerda nombrar al acusado Massot como instructor.

De este modo el 13-7-01 se pudo informar por el acusado Massot al Consell Insular que el Ayuntamiento ya tramitaba un expediente sancionador ocultando el hecho de que la infracción que el Ayuntamiento tramitaba no estaba en relación con obras y con un uso no permitido en ANEI y evitando mencionar que se había otorgado licencia como si fuera suelo urbano. En dicha comunicación no se acompañaban las licencias, ni proyecto presentado, todo ello para evitar que el Consell descubriera las irregularidades cometidas.

Asimismo y a través de la incoación interesada de este expediente además de impedir que el Consell se subrogase en las competencias en materia de Disciplina Urbanística y pudiera conocer el alcance de las irregularidades cometidas en la concesión de la licencia, se consigue que la sanción propuesta por la realización de las obras ilegales quede reducida a una pequeña sanción pecuniaria de 3.9617,18 euros, para cuya imposición por cierto se acude como fundamento y criterio a lo dispuesto en el artículo 47 de la LDU (Llei 10/1990, de 23 de Octubre), aplicable para suelos rústicos protegidos, frente a los más de 51.000 euros que calculaba el Consell Insular, cantidad en que el instructor del expediente Massot y contando con un informe favorable, propone como importe de la sanción por la ilegalidad de las obras ejecutadas.

En fecha 2-11-01 **Juan Carlos Hidalgo** formula la solicitud de licencia 184/01 para reforma, ampliación y demolición de edificio destinado a restaurante y ello con intención de paralizar los expedientes sancionadores y legalizar la totalidad de obras y usos realizados.

El mencionado expediente MA 184/01 comenzó su tramitación y se mantuvo como medio de evitar las consecuencias de las denuncias producidas.

Dado que en el expediente sancionador se nombró como instructor al acusado **Jaime Massot** éste pudo impedir que el Consell Insular, (que en escrito remitido al Ayuntamiento de 22 de Marzo de 2002 acusó recibo de la notificación del Decreto acordando la incoación de expediente sancionador y solicitó la remisión de las actuaciones posteriores practicadas en dicho expediente con la advertencia de reclamar la competencia en la tramitación de las infracciones cometidas - folio 103 del anexo-), se subrogase en la competencias de disciplina urbanística manifestando (folio 105 del anexo) que se encontraba en tramitación la licencia 184/01 y que su otorgamiento implicaría la legalización puesto que implica la demolición de las áreas objeto de presunta infracción urbanística. Además, Massot opuso en aquella comunicación que en el expediente no había recaído resolución alguna respecto a la legalización de las obras, sabedor de que las mismas era ilegales, so pretexto de la existencia de competencias concurrentes de parte del Consell Insular en lo que se refería a la Dirección Insular de Carreteras y del Servicio de Puertos y Litoral, y que se estaba a la espera de la resolución que se dictase por parte de dichos organismos, lo que tuvo lugar por parte de la Dirección Insular de Carreteras en escrito remitido al Ayuntamiento en fecha 4 de Abril de 2002.

La mención a la existencia de competencias concurrentes era claramente una estratagema disuasoria y evasiva para impedir la actuación del Consell Insular en materia de disciplina urbanística y declaración de ilegalidad de las obras realizadas, ya que Massot sabía que las resoluciones que en el expediente pudiera adoptar la Dirección Insular de Carreteras y el Servicio de Puertos y Litoral, aún siendo favorables a la realización de las obras y uso de la edificación como restaurante, en nada afectaban a la exigencia de que las mismas fueran legalizables y autorizables conforme al planeamiento urbanístico del Ayuntamiento de Andratx. Tal es así, que en la Resolución emitida por La Dirección Insular de Carreteras, que obra incorporada al expediente MA 184/01, se reconoce que su concesión no exime de la solicitud y concesión de las licencias administrativas que en virtud de las competencias concurrentes puedan corresponder a otras administraciones.

De este modo la tramitación del expediente 184/01 evitaba que la administración ordenara que se demoliese lo construido y se impidiera el uso de restaurante. Por ello, este expediente se mantuvo inconcluso y en tramitación como medida para mantener las obras y usos dados al inmueble.

La solicitud de final de obra que formuló Juan Carlos Hidalgo el 24-5-2001 no ha sido atendida y en consecuencia no se ha otorgado el final de obras lo que no ha impedido la actividad normal del restaurante desde 2001.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

PRIMERO.- El relato de los hechos que se estiman acreditados y que conforman el histórico, lo obtiene esta Sala a partir de la prueba practicada en el acto del juicio oral a presencia de este Tribunal, Ministerio Fiscal y demás partes personadas, con las debidas garantías procesales y pleno respeto en su desarrollo a los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción y apreciada en su conjunto, tal y como exige el artículo 741 de la Lecrm.

No ha existido contienda entre las partes en cuanto a la titularidad de las parcelas controvertidas y adquisición de las mismas por parte del acusado Juan Carlos Hidalgo en escritura fecha 29 de Julio de 1999 y por precio de 14 millones de pesetas, así como que con posterioridad a que hubiera comprado la parcela número 180, adquirió las otras dos contiguas a la anterior, números 39 y 40, en las cuales y respecto a estas dos últimas se especificaba que se trataba de terrenos rústicos y posteriormente las agrupó en una sola finca. Ni de la calificación de las mismas en la LEN como suelo ANEI y por tanto rústico de especial protección. Así como, tampoco, que a salvo del Plan General de Ordenación Urbana de 1975 del Ayuntamiento de Andratx, no adaptado al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, en el que la parcela 180 tenía la consideración de suelo de Reserva Urbana, con posterioridad y en los diferentes y sucesivos proyectos de Normas

Subsidiarias elaboradas por el Ayuntamiento de Andratx y sometidas a la aprobación del Consell Insular de Mallorca que fueron suspendidos el 20 de Febrero de 1998, 6 de Mayo de 2003 y el 22 de Julio de 2005 hasta que el 26 de Abril de 2007, en que las Normas Subsidiarias han sido definitivamente aprobadas (BOIB 70 de 10 de Mayo de 2007), dichos terrenos no figuraban dentro del suelo urbano.

En este sentido reproducimos las manifestaciones que efectuó el acusado Jaime Massot en el acto del juicio oral, el cual intervino en el equipo redactor de los distintos proyectos de Normas Subsidiarias, hasta su cese en Julio de 2003, en las que admitió y vino a reconocer efectivamente que en los referidos proyectos de Normas Subsidiarias la parcela objeto del juicio no se encontraba situada ni grafiada dentro del suelo urbano.

Asimismo, no ha habido discusión en el acto del plenario respecto a que los terrenos litigiosos aparece grafiados en los planos que incorpora LEN como ANEI 31 y por tanto como suelo rústico de especial protección (folio 567 Tomo II y manifestaciones que en este sentido realizó el perito Arquitecto don Rafael Balaguer Galmés).

Conforme a dicha configuración y nivel de protección las posibilidades de uso se hallaban limitadas al uso agrícola (así consta en las dos primeras certificaciones emitidas por Massot obrante a los folios 145 y 153, Tomo I de las actuaciones) y en cuanto a la realización de obras su ejecución quedaba supeditada, respecto de edificaciones existentes, como sucedía en el presente caso, a la aplicación de las normas reguladoras de la Ley de Suelo Rústico (Art. 26 y 37 de la Ley 6/1997, de 8 de Julio del Suelo Rústico de Les Illes Balears), es decir, instando la declaración de Interés General, que debería autorizar la Comisión Insular de Urbanismo.

En todo caso de lo que no hay duda es que como suelo calificado de ANEI no resultaba posible la realización de obras para la transformación de la vivienda existente en la parcela a restaurante – solo factible para suelos urbanos -, ni consta acreditado que en cuanto a las obras anexas a dicha

edificación referidas a la explanación de terrenos y ejecución de una terraza el acusado Juan Carlos contase con la correspondiente y preceptiva licencia.

Tampoco en el juicio hubo discusión en reconocer la existencia de las varias certificaciones emitidas por el acusado Jaime Massot. En unas, aludiendo al carácter rústico protegido de la parcela – obrantes a los folios 143 y 153 del Tomo I de la causa - y en otras posteriores, en un total de tres, en las que se certifica un cambio en la calificación urbanística de los terrenos como suelo urbano, con mayores posibilidades edificatorias y uso permitido de restaurante y comercial – folios 156, 164, 167 del Tomo I -. De manera que hubo un cambio de criterio y de parecer en el contenido de las certificaciones emitidas por este acusado que, en su calidad de Jefe de Área del Ayuntamiento, actuaba como funcionario público, a la hora de participar y afirmar en un documento oficial cual era la calificación y determinaciones urbanísticas de la parcela y uso legalmente permitido.

Asimismo y a través del interrogatorio de los acusados y testigos se fueron introduciendo a lo largo del acto del juicio oral y exhibiendo los distintos expedientes administrativos incoados en solicitud de las licencias de obras y de cambio de uso (MA 255/00), de actividad (5/01), de sanción por realización de obras sin contar con licencia (40/01) y de legalización y demolición (184/01), obrantes en el ANEXO I. A su contenido nos remitimos, en tanto en cuanto gozan de la presunción de veracidad que cabe otorgar a los actos emanados de la Administración, en este caso de un Ayuntamiento, sin perjuicio de la valoración que más adelante se hará.

Especial consideración merece el expediente de legalización de las obras realizadas conforme a la licencia otorgada por cambio de uso (184/01), el cual en el momento actual se halla inconcluso, sin que conste que las obras hayan sido legalizables, ni que puedan serlo habida cuenta de la consideración del terreno como ANEI y de ser posible su legalización serían de aplicación las normas del suelo rústico, contenidas en los artículos 26 y 37 de Ley Autonómica Reguladora y la eventual realización y

legalización de dichas obras exigirían el previo informe y declaración de Interés General del Consell Insular.

SEGUNDO.- A partir de aquí el acto del plenario pivotó sobre varias cuestiones que constituyen el núcleo de debate y que seguidamente pasamos a analizar, una por una.

El primero y principal de los problemas suscitados se refirió a los motivos y al por qué del cambio de criterio expresado, como Jefe del Área del Ayuntamiento, por el acusado Massot al emitir certificaciones contradictorias. De una parte, en las certificaciones de fecha 27 de Noviembre de 1998 y 26 de Julio de 1999; y de otra parte, en las de fecha 8 de Enero y 21 de Febrero de 2001 y 11 de Enero de 2002. En las primeras participaba el carácter rústico protegido y uso rústico de la parcela propiedad de Juan Carlos Hidalgo y en las sucesivas modificó esta calificación considerando a los terrenos urbanos y uso permitido el comercial y de restaurante.

Al ser preguntado el acusado Jaime Massot en relación a esta objetiva e innegable discrepancia observada en la afirmación de los certificados de la condición y uso del suelo, explicó que cuando emitió las primeras certificaciones aludiendo a que el suelo era rústico protegido y uso agrícola, estaba equivocado; y que fue con motivo de recibir la visita del Arquitecto de Juan Carlos Hidalgo, don Francisco. J Muñoz, al que conocía por haber coincidido como colaborador suyo en la empresa Territorio Asesores, S.L., cuando entonces se dio cuenta y se percató de que los terrenos en los que se hallaban las fincas eran urbanos por resultar de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto Ley 16/81, de 16 de Octubre, de Adaptación de Planes Generales de Ordenación Urbana a la Ley del Suelo de 1976, normativa que no se veía afectada por la LEN dado que en su artículo 3.3 se especificaba que “Quedan en cualquier caso excluidos de las Áreas Naturales de Especial Interés, los suelos clasificados como urbanos a la entrada en vigor de esta Ley o, más correctamente y en concreto, los que tuvieran tal carácter a la aprobación de las Normas Subsidiarias aprobadas

por el Govern en aplicación del artículo 51 de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana elaboradas definitivamente el 22 de Febrero de 1989 (Ver Disposiciones Transitorias de la LEN y Normas Subsidiarias obrantes en la carpeta nueva documental 6, aportada por el Ministerio Fiscal al inicio del juicio oral).

A diferencia de lo sostenido por el acusado Massot, este Tribunal llega a la convicción y estima probado que el cambio de criterio vino motivado y propiciado por la influencia que sobre este acusado ejerció Juan Carlos y el arquitecto por el contratado para la elaboración y dirección del proyecto de obras de reforma y cambio de uso de la vivienda existente sobre la parcela número 180, para destinarla a restaurante, y que Jaime Massot accedió a sus solicitudes y peticiones, bien por la relación de conocimiento y de negocios que existía y tenía con el Arquitecto de Juan Carlos, o porque recibió algún tipo de contraprestación económica o de favor, o simplemente para favorecer al acusado Juan Carlos Hidalgo, por ser el hermano del entonces Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx Eugenio Hidalgo, y haber contratado los servicios de su conocido y colaborador Arquitecto Francisco. J Muñoz.

Asimismo, no albergamos duda ninguna de que el acusado Jaime Massot era plenamente consciente y sabedor de que la parcela adquirida por el coacusado Juan Carlos Hidalgo era terreno ANEI, por venir así grafiado en los planos que incorporaba la LEN y que la voluntad del Ayuntamiento y la suya propia como interviniente en la elaboración de los distintos proyectos de Normas Subsidiarias que fueron sometidos a la aprobación del Consell Insular para la adecuación del Planeamiento del Municipio a la Ley del Suelo, era la de considerar a dichos terrenos como suelo rústico protegido.

De igual modo, estamos convencidos y seguros de que Jaime Massot sabía y conocía, dada la ubicación de las parcelas, que a la fecha de entrada en vigor de la LEN y por supuesto antes al haberse suspendido la vigencia del Planeamiento Municipal por Acuerdo del Consell de Govern

publicado en el BOCAIB de 27 de Agosto de 1988, que la parcela propiedad de Juan Carlos Hidalgo y sobre la que pretendía transformar una vivienda en restaurante, no contaba con todos y cada uno de los servicios requeridos de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica para que fueran de aplicación los criterios establecidos en el artículo 2.1 del Real Decreto 16/81. Y tampoco, la parcela se hallaba integrada dentro del caso y entramado urbano de Andratx, al estar ubicada en la zona de servidumbre de costas, dentro de un humedal y no hallarse circundada por todos sus lindes o aires con zona urbana, aunque lindase con ella.

Nuestra convicción es la de lo injustificado e inmotivado del cambio de criterio seguido por el acusado Massot a la hora de emitir las certificaciones en las que comunicaba que las parcelas eran suelo urbano y su uso permitido el comercial y de restaurante, en contradicción con otras anteriores en las que afirmaba que el suelo era ANEI y uso agrícola, y que dicho cambio de parecer sólo se entiende y viene explicado y se comprende con el propósito de favorecer al otro acusado Juan Carlos, ya fuera por tratarse del hermano del Concejal o por la relación de amistad y de negocios que le unía con el arquitecto por él contratado Francisco J. Muñoz, o porque recibiera algún tipo de favor o de contraprestación económica o de otro tipo; y que así pudiera obtener las licencias que pretendía para la realización de obras en la vivienda y cambio de uso a restaurante, cuando ello no era posible atendiendo a la calificación del suelo como ANEI, de manera que cuando emitió las certificaciones referidas faltó de manera deliberada y consciente a la verdad de los hechos al certificar que la situación urbanística de la parcela era urbana cuando no era cierto y el acusado lo sabía y era plenamente conocedor de ello, de modo que tales certificaciones e informes posteriores no tuvieron su origen en la observancia de la normativa urbanística, sino de su propio capricho y decisión particular desvinculada del más absoluto respeto a la legalidad.

Tal convicción se fundamenta y la obtiene esta Sala partiendo de los siguientes datos o indicios que, interpretados y valorados conforme a la recta razón permiten extraer el hecho que se acaba de deducir:

1.- Porque el acusado Jaime Massot en dos ocasiones anteriores había certificado que la parcela era terreno ANEI.

2.- Porque en los distintos proyectos de modificación de las Normas Subsidiarias que se sometieron a la aprobación del Consell Insular y que fueron suspendidas hasta la redacción definitiva en el año 2007, la parcela controvertida no aparecía descrita ni grafiada en los planos dentro del suelo urbano.

3.- Porque, tal y como reconoció el propio Massot, la modificación de su criterio obedeció a una visita y entrevista que dijo haber mantenido con el Arquitecto contratado por Juan Carlos Hidalgo para la elaboración del proyecto y dirección de las obras a fin de proceder al cambio de uso de la vivienda a restaurante, dándose la circunstancia de que el referido Arquitecto y el acusado participaban en negocios comunes a través de la empresa, gestionada y participada por Massot Territorio Asesores, S.L., - la existencia de esta relación de intereses y vinculaciones fue reconocida por el mismo Massot a preguntas del Ministerio Fiscal -.

4.- Porque el convencimiento que según Massot le produjo la entrevista con el Arquitecto Francisco J. Muñoz, quien le habría convencido de que los terrenos en los que estaba situada la parcela de Juan Carlos Hidalgo eran urbanos, al resultar de aplicación los criterios que incorporaba el Real Decreto Ley 16/81, en el que se atribuía la condición de urbanos a aquellos terrenos que apareciendo en el planeamiento como Urbanos o de Reserva Urbana y el Plan existente no hubiera sido adaptado a la Ley del Suelo dentro del plazo concedido para ello en sus disposiciones Transitorias, contasen y dispusieran de todos los servicios necesarios para la edificación existente o la que se pretendiera levantar y a los que no les vinculaba la entrada en vigor de la LEN, ya que dicha Ley respetaba a aquellos suelos que antes de su entrada en vigor fueran considerados como urbanos; sin embargo, lo que hubiera sido lógico y natural, no tuvo traslación ni reflejo ninguno en los distintos proyectos de Normas Subsidiarias que

fueron sometidas a aprobación del Consell Insular y que dicho organismo suspendió. Esto tiene especial trascendencia si se tiene en cuenta que el acusado Massot intervino en la redacción y confección de estos proyectos de Normas Subsidiarias hasta que tuvo lugar su cese el 6 de Julio de 2003.

5.- Porque como reconoció el mismo acusado Massot no trasladó este cambio de criterio, pese a su importancia y a la contravención frontal que suponía en la aplicación de la LEN y de la propia voluntad Municipal que expresaban los sucesivos proyectos de Normas Subsidiarias, a los miembros de la Corporación Municipal, ni al Área de Urbanismo del Ayuntamiento que él dirigía, ni consta que elaborase algún tipo de informe en ese mismo sentido, no pudiendo olvidar, como bien expuso el Ministerio Fiscal, que cuando el acusado Massot emitió las certificaciones controvertidas no lo hacía como particular, ni como Aparejador ajeno al Municipio, sino como Funcionario Público, con lo que la voluntad y opinión que expresaba en tales certificados nunca podía ser la suya propia, particular y subjetiva, sino la del Ayuntamiento al que representaba.

6.- Porque el mismo Massot al ser interrogado sobre cuales fueron las circunstancias que tuvo en cuenta para certificar que el suelo sobre el que estaban asentados los terrenos al tiempo de la entrada en vigor de la LEN eran urbanos conforme a los parámetros requeridos por el art.2.1 del Real Decreto Ley 16/81, por contar con todos los servicios y estar integrado en el casco urbano o, lo que es igual, por ser de hecho urbano, declaró que en su opinión eran urbanos porque tenía la convicción personal y certeza de ello, pero reconoció que no lo podía, ni se podía, demostrar.

Luego, de ninguna manera, por mucho que pensase, en su fuero interno, que los terrenos podrían ser considerados como urbanos, si carecía de datos objetivos para ello (de ahí que en los Proyectos de Normas Subsidiarias los terrenos no aparecieran incluidos ni descritos en suelo urbano) nunca podía ni debía certificar tal cosa, sin perjuicio de que pudiera aconsejar a los particulares afectados para que una vez denegada la

licencia, por estimar que la misma no era factible otorgarla, dada la condición protegida del suelo, acudiesen ante los Tribunales en su revisión.

Y si el acusado Massot, a quien ha de presuponerse disponía y dispone de elevados conocimientos en la aplicación de la normativa urbanística, no estaba en disposición de poder demostrar, con la fuerza de los hechos y datos objetivos de que disponía, que la parcela se hallaba ubicada en suelo urbano, menos aún se comprende que su cambio de criterio obedeciera a la entrevista que dijo haber mantenido con otro Arquitecto ajeno al Ayuntamiento, a la sazón partícipe con él en actividades de la empresa Territorio Asesores, S.L.

El reconocimiento y aceptación expresado por Massot de la imposibilidad que tenía para demostrar que los terrenos eran urbanos y que dicha afirmación era subjetiva, y por tanto susceptible de estar sujeta a variaciones en función de circunstancias ajenas al criterio oficial que debía presidir la actuación de un Ayuntamiento y la suya propia como Jefe del Área de Urbanismo, se compadece y concuerda con la particularidad de que el solicitante de la certificación fuera el hermano del Concejal de Urbanismo y su Arquitecto, conocido y colaborador de Massot en la empresa citada Territorio Asesores, por lo que es razonable pensar que dichas vinculaciones subjetivas fueran la única causa de su cambio de criterio y que este estuviera dirigido a favorecer y beneficiar al solicitante Juan Carlos Hidalgo y al Arquitecto contratado por este último y en consecuencia que su decisión fuera arbitraria e injusta y producto de su capricho y voluntad, afirmando algo que era radicalmente falso y contrario a la realidad.

7.- Porque, habiendo sido requerido el Ayuntamiento de Andratx con ocasión de la no aprobación por el Consell Insular del proyecto de Normas Subsidiarias del 97, en la prescripción 22, de la necesidad de justificar debidamente el carácter urbano en las zonas ANEI 30 y 31. Dicho requerimiento (así como el de la prescripción 32 en el mismo sentido) no fue nunca atendido, ello jamás se justificó, pues no era

posible hacerlo, ni el carácter de urbano, ni que tal carácter fuera anterior a la aprobación de la Ley Espacios Naturales.

El incumplimiento del anterior requerimiento nuevamente entronca con las manifestaciones de Massot, en punto a que la certificación que emitió declarando el terreno urbano estaba basada en su propia convicción y por tanto en su subjetiva, interesada y parcial opinión y no en la del Ayuntamiento que si no atendió el requerimiento que le hizo el Consell en demostración de que los terrenos del ANEI 31 eran urbanos, es porque en realidad no lo eran y no se podía demostrar lo contrario. Desatención que sólo se explica y tiene razonable sentido a partir de la consideración que tenía la Corporación del carácter rústico protegido de dicha zona, la cual no se hallaba incluida ni grafiada en los distintos Proyectos de Normas Subsidiarias dentro del caso urbano de Adratx.

8.- Increíble e inconvincente sonó a este Tribunal la declaración de Massot cuando tras reconocer que había obrado negligentemente en la emisión de los primeros certificados, afirmando que los suelos eran rústicos, dijo haber intentado enmendar su equivocación – que el mismo tachó de imprudente - y posibles perjuicios irrogados a terceros – se refirió a los hermanos que vendieron la parcela a Juan Carlos Hidalgo, sabedor que lo exiguo de su precio vino condicionado por la consideración del suelo como rústico e inedificable -, intentando localizar a dichos vendedores a través de Internet y ayudado por su mujer, que es de Nacionalidad Francesa, curiosamente de la misma procedencia que la mujer del Arquitecto fallecido Francisco. J. Muñoz. Otra coincidencia que abunda en las sospechosas vinculaciones y relaciones existentes entre dicho Arquitecto y Jaime Massot y lo dudoso que resulta que su cambio de criterio se correspondiera y produjera con una obra que pretendía llevar a cabo dicho Arquitecto y por encargo del hermano del Concejal de Urbanismo y del cual dependía jerárquicamente el Sr.Massot.

9.- Increíbles e inveraces aparecieron igualmente las manifestaciones realizadas por Massot al ser preguntado por la explicación que podía ofrecer

a que, no obstante afirmar que el suelo en el que estaba asentado la parcela de Juan Carlos Hidalgo era urbano, sin embargo ello chocaba frontalmente con tal declaración y calificación en los Proyectos de las Diferentes Normas Subsidiarias propuestas al Consell Insular, se mantuvo que el suelo era rústico protegido.

La respuesta del Sr.Massot fue la de decir que todo obedecía a un problema político y que para evitar que les fueran suspendidas por el Consell Insular las Normas Subsidiarias sometidas a su aprobación, no hicieron referencia a que estos terrenos eran Urbanos para evitar que lo rechazasen y ganar su aprobación, pero, como bien explicó el perito Sr.Balaguer, las palabras del Sr.Massot no son más que una cortina de humo, porque la calificación de los terrenos como ANEI 31 no provenía del Consell Insular, por lo que no cabe sostener disputas ni desencuentros Políticos entre dicho órgano y el Ayuntamiento y argumentar que para asegurar el agrado del Consell y buscar la aprobación de las normas Subsidiarias se evitó incluir dentro del suelo urbano los terrenos ubicados en el ANEI 31, simplemente porque tal calificación como ANEI emanaban de una declaración del Parlamento de las Islas Baleares, expresada en la LEN y en nada tenía que ver el Consell Insular.

Y en último término si no se defendía el carácter urbano es porque no había argumentos sólidos para ello.

Las manifestaciones del perito Rafael Balaguer deben ser puestas en relación con lo manifestado por el perito de la defensa Sr.Vidal, el cual trasladó el problema de la discrepancia de la calificación de los terrenos, a la falta de interés de los particulares en cuestionar y discutir la calificación del suelo, ya que en su opinión los terrenos eran urbanos porque contaban con todos los servicios necesarios para que tuvieran tal condición. Sin embargo, los particulares con ocasión del trámite de alegaciones previas a la aprobación de los diferentes proyectos de Normas Subsidiarias elaborados por el Ayuntamiento en sus diferentes versiones, jamás efectuaron alegaciones impugnando el carácter rústico de los terrenos. Tal vez, simple y llanamente, porque no había nada que discutir.

TERCERO.- En justificación de que el cambio de criterio seguido por Jaime Massot en la emisión de las certificaciones alusivas al carácter urbano de los terrenos y uso comercial y de restaurante y en los informes posteriores elaborados en los expedientes de obras y cambio de uso y de actividad, estaba justificado y soportado razonablemente en la interpretación y aplicación de los criterios establecidos en el Real Decreto Ley 16/81 de 16 de Adaptación de Planes de Ordenación Urbana, y que en consecuencia no era radicalmente injusto, aunque tal vez erróneo, mas no arbitrario y abiertamente contrario a la legalidad, la defensa del acusado Massot y de Juan Carlos Hidalgo aportaron al juicio prueba pericial a cargo del Aparejador Sr.Munar y del Abogado Sr.Vidal experto en Urbanismo, para avalar y dar respaldo a esta tesis.

Vaya por delante que a juicio de esta Sala perfectamente se podría haber prescindido del resultado de esta prueba para extraer la conclusión de que la emisión de los certificados e informes realizados por el acusado Massot como paso previo a la obtención y otorgamiento de las licencias, predicando el carácter urbano de estos terrenos, los elaboró a conciencia, con pleno y cabal conocimiento y sabedor de que lo que afirmaba no se correspondía con la realidad y con la condición de rústicos que tenían dichos terrenos y que por tanto se apartaba caprichosa y clamorosamente de la normativa aplicable, ya que dichos terrenos eran rústico protegidos; ello porque, primero, la voluntad de la Corporación Municipal expresada en las diferentes propuestas de Normas Subsidiarias para su aprobación ante el Consell Insular, había sido siempre y en todo momento, incluso en las Normas definitivamente aprobadas en el 2007, la de otorgar a dichos terrenos la condición de suelos rústicos especialmente protegidos, e incluso su destino no urbanizable lo refirió el propio Juan Carlos Hidalgo cuando dijo que si compró en 1998 la parcela – por tanto tras la entrada en vigor de la LEN - fue porque frente a ella existía un parque público – luego era zona verde y no urbanizable - y el propio Massot reconoció que los terrenos aunque de Reserva Urbana estaban considerados como ELP – Espacio Libre Público -. Y por eso mismo se explica y comprende que la Corporación

Municipal no atendiera al requerimiento que le hizo la Comisión Insular de Urbanismo, en acuerdo de 25 y 26 de Febrero de 1997, para y con ocasión de haber suspendido las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento y conforme a la prescripción 22, justificase debidamente el carácter urbano en las zonas ANEI 30 y ANEI 31 a la entrada en vigor de la LEN. Precisamente por el conocimiento y convencimiento que había en el Municipio y en la Corporación Municipal de que tales zonas eran, a la entrada en vigor de LEN, suelo rústico protegido. Y, en segundo lugar, porque la exclusión misma en las sucesivas propuestas de Planeamiento elaboradas por el Ayuntamiento de Andratx, formando parte del equipo redactor el propio Jaime Massot hasta su cese en Julio del año 2003, de las parcelas litigiosas como incluidas y grafiadas dentro del suelo urbano, encuentra pleno y razonable sentido con que dichas parcelas fueran declaradas terrenos integrados en el ANEI 31 y por consiguiente suelo rústico de especial protección.

Esta es la única interpretación sensatamente posible, y otra no cabe extraer.

Además, ya hemos dicho más arriba que el acusado Jaime Massot en su condición de Jefe del Área de Urbanismo a la hora de manifestar su voluntad en la emisión de Certificados e informes lo hacía como funcionario integrante de la Corporación y por tanto la opinión que venía obligado a expresar era la oficial del órgano a su cargo y no la suya propia y particular la que debía de manifestar en los documentos oficiales. Por tanto, siendo sabedor como era o debía de serlo que para el Municipio dichos terrenos eran rústicos, así lo debía de haber certificado e informado, más aún, cuando como él mismo reconoció la consideración de urbanos de los terrenos lo era sólo según su subjetiva convicción y que no tenía pruebas objetivas para afirmar lo contrario.

Procedamos, ello no obstante, al examen de la prueba pericial.

CUARTO.- Tanto los peritos de la defensa como el perito judicial confluieron a la hora de afirmar que la aprobación de la LEN no afectó a aquellos terrenos que tuvieran la consideración de urbanos en el momento de su entrada en vigor, conforme así lo declaraba el propio artículo 3 de la LEN. Y en poblaciones que contasen con Plan de Ordenación Urbano no adaptado a las previsiones del Texto Refundido de la Ley del Suelo del 76, a los terrenos que según el planeamiento estuvieran clasificados como Urbanos o de Reserva Urbana, tal y como aquí sucedía con las parcelas propiedad del acusado Juan Carlos Hidalgo, que según el Plan General de Ordenación Urbana de Andratx de 1976 y vigente hasta el año 2007 estaban considerados terrenos de Reserva Urbana, les resultaban de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 2 del Real Decreto Ley, el cual fue aprobado, precisamente, para suplir las disfunciones producidas en aquellos Municipios que incumpliendo los plazos establecidos en la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Suelo del 76, no habían adaptado su planeamiento Municipal a las exigencias de la Ley de Suelo.

De acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto Ley: “Los terrenos clasificados como suelo urbano o de reserva urbana en planes generales o normas subsidiarias de planeamiento, aun no adaptados, se considerarán suelo urbano siempre que se encuentren en algunos de estos supuestos:

a) Terrenos que estén dotados de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, debiendo de tener estos servicios características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos existan o se hayan de construir.

b) Terrenos que, aún careciendo de algunos de los servicios citados en el párrafo anterior, tengan su ordenación sólida, por ocupar la edificación, al menos, dos terceras partes de los espacios aptos para la misma, según la ordenación que el plan general o la norma subsidiaria para ellos prevea”.

A partir de aquí, el desacuerdo entre los peritos fue frontal y vino propiciado porque, mientras que el perito oficial don Rafael Balaguer estimaba que los terrenos propiedad del acusado Juan Carlos Hidalgo, a la entrada en vigor de la LEN, no contaban con los cuatro servicios exigidos por el artículo 2 del Real Decreto Ley 16/81, ni los que tenían habían sido fruto de la aprobación de ningún Plan Especial o Parcial, ni tampoco las fincas formaban parte de la malla urbana; por el contrario, los peritos de la defensa, Munar y Vidal, sostuvieron un parecer distinto y daban así virtualidad a la tesis del acusado Massot en cuanto a que los terrenos propiedad de Juan Carlos Hidalgo pese a que formalmente estuvieran considerados ANEI, de facto y en la realidad de las cosas eran urbanos porque a la fecha en que entró en vigor la LEN ya disponían de los servicios que exigía el artículo 2 del citado RDL.

La diferencia de elegir uno u otro criterio interpretativo se presenta determinante, pues si admitimos y damos por válido el primero, nos reafirmaríamos en la convicción de que las certificaciones emitidas por el acusado Masot e informes favorables para la obtención de la licencia, no solo contravenían frontalmente la voluntad Municipal y la LEN, en cuanto a que se declaraba un hecho o dato que no se correspondía con la verdad oficial y clasificación urbanística de los terrenos, sino que desde el punto de vista fáctico dichos terrenos tampoco podían conceptuarse como urbanos, con lo que la utilización por parte de Massot de la referencia al artículo 2 del RDL 16/81, no era más que un artificio o ardid para, dando la apariencia de legalidad, eludir torticera y maliciosamente la aplicación de la LEN y suplantar la propia voluntad del Planificador, que por respeto a la LEN quiso que estos terrenos nunca fueran declarados urbanos y sí rústicos de especial protección.

En esencia y según los peritos de la defensa los terrenos propiedad de Juan Carlos Hidalgo son y eran urbanos a la entrada en vigor de la LEN, porque se trata de una parcela que linda en vértice con dos calles, el paseo marítimo por frente y por su aire Oeste con el Polígono de C`an Perot, con lo que contaba con encintado de aceras. Así como, porque de acuerdo con el

planeamiento Municipal al no contar el Ayuntamiento con red de abastecimiento de agua y alcantarillado hasta fecha muy reciente (año 2000) se acordó que se podía sustituir estos servicios con dotación de aljibe y fosa séptica, elementos con los que contaba la parcela, que ya estaba construida antes de 1950. Además y esto no lo discute la Acusación, disponía de suministro de energía eléctrica a través de una red aérea.

La Sala, sin embargo, discrepa de las conclusiones a las que llegaron estos peritos y está plenamente de acuerdo con el informe del perito oficial Sr. Balaguer, básicamente y por la sencilla razón de que sus conclusiones respecto al carácter rústico de las parcelas se compadece con la realidad misma de los acontecimientos anteriores, coetáneos y posteriores que se produjeron con ocasión de la emisión de los certificados e informes controvertidos y con el comportamiento desplegado por los acusados en reconocimiento y aceptación del carácter rústico de los terrenos: existencia de certificaciones anteriores afirmando que los terrenos eran rústicos, constancia de una tasación de los terrenos en los que se reconoce que el suelo no era urbanizable; aceptación por parte de Juan Carlos Hidalgo de que el precio pagado por la compra de la parcela 180 fue efectivamente a la baja y sin poder explicar los motivos; vinculaciones subjetivas entre Massot y el Arquitecto de Juan Carlos Hidalgo y de éste con el Concejal de Urbanismo, en tanto hermano suyo, que hacen sospechar que el cambio en la calificación del suelo haya sido realizado de forma arbitraria y a propósito y para favorecer al solicitante de las certificaciones, contraposición entre la opinión certificada por Massot, respecto del carácter urbano de los terrenos, y el que no fuera recogida y oficializada dicha opinión en las distintas propuestas de Normas Subsidiarias ni internamente dentro del propio Ayuntamiento, así como irregularidades apreciada en la tramitación de los expedientes para dificultar y poner trabas a la actuación inspectora del Consell Insular y encubrir la ilegalidad propiciada en la calificación de los terrenos como urbanos.

Pero y sin perjuicio de lo que se acaba de exponer respecto al estado anímico y de certeza que tiene este Tribunal de que en todo momento el

acusado Massot era consciente y sabía que los terrenos en cuestión eran suelo rústico protegido y que si certificó e informe lo contrario lo hizo falsamente y a sabiendas de que no era verdad y que con tal proceder infringía la protección y calificación urbanística que a dichos terrenos les otorgaba la LEN y todo ello con la finalidad de favorecer a Juan Carlos Hidalgo y por ser él quien era, en sus ilegales intenciones de realizar obras de reforma y cambio de uso de una vivienda en restaurante, lo que no era posible tratándose de suelo ANEI, esta Sala constata que el informe del perito judicial Rafael Balaguer cuando concluye que a la entrada en vigor de la LEN los terrenos no se podían estimar incluidos en el artículo 2 del Real Decreto Ley 16/81, por no disponer de los servicios exigidos y no ser conforme con los criterios mayoritarios que la doctrina tenía y tiene establecidos en la interpretación del citado precepto, se halla cargada de razón y decimos esto por cuanto:

1.- Basta con la simple observación de la fotografía aérea de estado de las fincas tomada en Septiembre de 1986 – folio 508 -, para comprobar que las parcelas en cuestión únicamente lindaban por frente con el paseo marítimo de Andratx, luego en aquellas fechas todavía no se había construido ni ejecutado la Urbanización de C´an Perot. Luego no contaba con encintado de aceras

2.- Lo anterior debe ser puesto en relación con lo informado por el perito Balaguer, teniendo en cuenta el documento facilitado por GESA, consistente en copia (que incorpora a su dictamen), de la Certificación del Secretario del Ayuntamiento de Andratx, de la que se desprende que el Pleno de la Corporación en sesión celebrada el día 11 de Junio de 1985, acordó aprobar – que no ejecutar – definitivamente el Proyecto de Urbanización de los Polígonos 11 y 12, Sector IV, del Puerto de Andratx, condicionando la aprobación a que “la promotora se comprometa por escrito a que en su día, cuando sea posible, por estar en funcionamiento, conecte dicha urbanización con la red general de evacuación de aguas residuales, previo pago de las contribuciones especiales y tasas que legalmente se establezcan.

Téngase en cuenta que las parcelas propiedad de Juan Carlos Hidalgo no se hallaban incluidas dentro del Proyecto de Urbanización del Polígono de C`an Perot – hecho este no cuestionado por las defensas -, luego si la construcción de dicho Polígono no fue aprobada hasta el año 1986, y las parcelas solo lindaban por su frente al Paseo Marítimo y estaban rodeadas por terreno rústico, pronto se comprende que no podía tener la condición de suelo urbano, pues ni siquiera entonces contaban en todo su perímetro con encintado de aceras.

Lo anterior viene abonado, además, por la circunstancia añadida de que los terrenos en cuestión se hallan situados en la zona de servidumbre de costas y conforman un humedal.

Enormemente sagaz e ingenioso resultó en este punto el Ministerio Fiscal en su informe y respondiendo a las manifestaciones que hicieron los peritos de la defensa y el propio Massot, de que los terrenos eran urbanos como una “Catedral”, cuando dijo que en las Catedrales no hay Agentes forestales y en cambio en la parcela del Sr. Hidalgo sí había y levantaron un acta de Inspección por obras y cambio de uso en el ANEI 31.

3.- Pero, sobre todo y como explicó el perito Balaguer, para que la Jurisprudencia mayoritaria ya desde antiguo, si bien con alguna y muy aislada excepción, que ya se cuidó la defensa de aportar (aunque le atribuyó el carácter de doctrina imperante, lo que en absoluto es cierto), considerase de aplicación los criterios contenidos en el artículo 2 del RDL 16/81, no bastaba con que la parcela estuviera dotada de los servicios, sino que exigía considerar o bien que el planeamiento hubiera querido declarar tales terrenos como urbanos aprobando con tal fin un Plan Parcial o Especial, o a falta de planeamiento (que es lo que ocurre en supuesto sometido a enjuiciamiento), que los terrenos estuvieran incluidos dentro del entramado o de la malla urbana, lo que el caso actual no concurría ni concurre en la actualidad, pues basta examinar las fotografías de las fincas para comprobar que a salvo de que lindan por el frente con el paseo marítimo y

por su aire Oeste con el Polígono de Can Perot, en su parte de atrás y linde por su derecha, confina con terreno rústico.

Las defensas de los acusados y especialmente la representación de Juan Carlos Hidalgo, se afanaron en exhibir y aportar al juicio fotografías de la parcela, aunque intencionadamente siempre mostrando su frente, pero descuidado y orillando reparar en que la edificación aparece ubicada en la esquina de la parcela y que el resto del solar se trata de suelo sin edificar. De facto las dos parcelas que el acusado Juan Carlos agrupó a la 180 – que es en la que se levanta la edificación existente y de una antigüedad anterior a 1950 -, las dos, también situadas en zona ANEI 31, conforme resulta de la escritura, vienen descritas como suelo rústico.

En este sentido se presenta enormemente ilustrativa la utilización por el TS en innumerables Sentencias, muchas de ellas correspondientes a la fecha de la emisión de las certificaciones, de modo que se trataba de una línea y cuerpo ya consolidado de Doctrina, alusiva a lo que denomina teoría de la mancha de aceite, según la cual no es la mera colindancia con terrenos urbanos lo que permite dotar al terreno rústico contiguo de la misma condición y por la simple posibilidad de utilizar y conectarse a sus servicios, porque el suelo urbano es necesario que tenga que acabarse en algún punto físico del terreno, “sino se quiere que la acción urbanizadora se extienda como fuego lento inexorable mediante el juego de la colindancia con zona urbanizada”.

En la línea ya expuesta, las sentencias de 6 de marzo (RJ 1997, 1664), 26 de mayo (RJ 1997, 5920), 21 de julio (RJ 1997, 6045) y 18 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 286) y 13 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3844), que conforman un cuerpo consolidado de doctrina y que es seguida por otras posteriores (por citar un ejemplo: STS de 17 de Julio de 2007, RJ 2007\4784; RJ 2006\9844 y 9433; 7321 y 2317 y de 28 de Marzo de 2008 RJ 2008\2027), insisten en la necesidad tanto de que los terrenos se encuentren insertos en la malla urbana, como en la de que cuenten con los servicios apropiados. “No es suficiente, se ha dicho, que ocasionalmente

tengan los servicios urbanísticos a pie de parcela, porque pasen por allí casualmente, sino que deben estar dotados de ellos porque la acción urbanizadora haya llegado al lugar de que se trate. La sentencia de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999, 672) declara, así, que no es suficiente que el terreno tenga los servicios urbanísticos cuando el mismo no se encuentra en la malla urbana y la de 1 de junio de 2000 (RJ 2000, 4375) precisa que el suelo urbano sólo llega hasta donde lo hagan los servicios urbanísticos que se han realizado para la atención de una zona urbanizada, y ni un metro más allá. No cabe clasificar como urbano un terreno que linda con urbanizaciones consolidadas pero que está separado de ellas por la voluntad del Municipio de mantener el suelo urbano en el límite de las urbanizaciones existentes. Dicho en otros términos: el suelo urbano no puede expandirse necesariamente como si fuera una mancha de aceite mediante el simple juego de la colindancia de los terrenos con zonas urbanizadas, como advierte la sentencia de 12 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8491) a propósito de un caso de suelo no urbanizable”. Y todo ello porque, como ya apuntó en similar sentido la sentencia de 3 de abril de 1996 (RJ 1996, 2939), en algún punto del terreno ha de estar el límite entre el suelo urbano y el no urbanizable cuando el planificador, usando su potestad, ha previsto el crecimiento urbano en otro lugar y no quiere interponer entre los dos un suelo urbanizable.

Partiendo de cuanto se acaba de razonar, pronto se comprende que en uno de los apartados reservados a los hechos que declaramos probados, afirmemos:

“De igual modo el acusado Massot, dada su condición de Jefe del Área de Urbanismo del Ayuntamiento, y porque las fincas adquiridas por Juan Carlos Hidalgo se hallaban ubicadas en el mismo paseo marítimo de Andratx y antigua carretera al Faro, tenía que conocer que el Proyecto de Urbanización para la construcción de los Polígonos 11 y 12, Sector IV de C’an Perot que linda por su aire o fachada Oeste con las expresadas fincas no fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento hasta el año 1986, siendo su ejecución posterior a esa fecha, sin que en dicho

momento si quiera estuviera abierta la Calle que conforma dicho polígono y actualmente lindante con las parcelas de Juan Carlos Hidalgo por su fachada o aire Oeste. Y que en dicho Proyecto de Urbanización no se hallaban comprendidas las fincas propiedad de Juan Carlos Hidalgo, las cuales, a parte de su calificación por la LEN como suelo ANEI, debido a que estaban situadas en una zona húmeda próxima a un torrente, dentro de la servidumbre de costas y que a salvo la edificación que esta situada en la zona lindante con el paseo marítimo, la parte posterior de la parcela y las colindantes por su derecha se trataba de terrenos rústicos, era manifiesto y patente para cualquiera que a la entrada en vigor de la LEN no formaban parte del caso y entramado urbano de Andraitx y que por eso mismo era voluntad del Ayuntamiento y por respeto a la vigencia de la Ley de Espacios Naturales y a la voluntad expresada por El Parlamento de las Islas Baleares con la aprobación de la citada Ley, que su calificación no fuera nunca la de terreno urbano, sino rústico de especial protección”.

Para incidir en el conocimiento e incontestable carácter rústico y ANEI de las parcelas sometidas a enjuiciamiento, hay que traer a colación la conversación telefónica mantenida entre el acusado Eugenio Hidalgo y un tal Jordi, en la cual y a raíz de inicio de actuaciones penales contra su hermano, Eugenio le comenta a su interlocutor que a ver si ahora y después de todo esto su hermano va a reclamar que todos los terrenos son suelo urbano..... **“Bueno es que mi hermano ahora según como salga eso, va a reclamar urbano toda esa parte”**. Luego es obvio que dichos terrenos no tenían tal condición y si no lo eran para el Concejal de Urbanismo y posteriormente nombrado Alcalde de la Corporación, difícilmente podían tener tal consideración para el Jefe del Área de Urbanismo, dependiente del Concejal.

El conocimiento que albergaba y tenía Massot de la mendacidad de los certificados y de los informes técnicos emitidos como paso previo al otorgamiento de las licencias, en cuanto al carácter urbano de la parcela y aplicación de los criterios, fluyen igualmente de modo indudable a partir de

las irregularidades detectadas y observadas en la incoación del expediente de sanción (4/01) y en de legalización de las obras (MA 184/01).

En el primero, aparece altamente sospechoso que la incoación de dicho expediente se produzca justo el día anterior a que se registra en el Ayuntamiento un escrito del Consell demandando información sobre el estado de las obras realizadas en los terrenos ANEI 31 y expedientes abiertos, así como solicitud de remisión de las licencias. Y que en ese mismo día, el Celador Municipal levante acta de suspensión de las obras y seguidamente el Técnico Municipal compruebe que determinadas obras no se ajustan a la licencia y acto continuo y el mismo día se dicta Decreto acordando la suspensión de las obras e inicio de expediente sancionador, siendo nombrado y actuando como instructor de dicho expediente el imputado Sr.Massot.

Llama también la atención que al siguiente día de incoarse el expediente se participa al Consell el Decreto de suspensión, pero se omite toda referencia a que se trata de obras en suelo que se dice urbano. Y no se remite la licencia ni el expediente que da lugar a la misma.

De nuevo sorprende que el sello de entrada del escrito remitido por el Consell al Ayuntamiento aparezca, tal y como se aprecia a simple vista y por la mera observación, manipulado y retocado con tipex, dando la impresión de que ha sido alterado de propósito para posdatar su presentación y dar la impresión de que el día anterior de su presentación se procede a dictar el Decreto acordando la suspensión cautelar de las obras y requiriendo al titular de las mismas para que proceda a la legalización de las obras ejecutadas fuera de la licencia.

E igualmente se presenta altamente anómalo que la personación en la obra del Celador hubiera sido dispuesta por el Concejal de Urbanismo y hermano de Juan Carlos Hidalgo. Especialmente cuando el Concejal Hidalgo, por el conflicto de intereses existente, se había excusado de participar en el Pleno

del Ayuntamiento que aprobó y autorizó el otorgamiento de la licencia solicitada por su hermano Juan Carlos.

La incoación del expediente sancionador consigue dos cosas, de una parte, evita que el Consell Insular pueda subrogarse en las competencias que tienen en materia de disciplina urbanística y de otra parte, impide que le sea impuesta a Juan Carlos Hidalgo una sanción por el valor estimado de las obras, según fueron valoradas por el Inspector del Consell, quedando reducida la multa a una ínfima cuantía en comparación con la anterior.

Otro tanto ocurre con el expediente incoado para la legalización de las obras (MA 184/01), el cual se halla todavía inconcluso y la petición formulada por el Consell en demanda de información sobre el estado de las actuaciones y legalización de las obras, no fue atendida por el acusado Massot, so pretexto de que previamente se hacía necesario contar con informes de otras administraciones implicadas, cuando es sabido que dichas autorizaciones para nada influían en la calificación urbanística que pudieran tener los terrenos conforme al Planeamiento y en este caso de acuerdo con la que le otorgaba la LEN como suelo ANEI.

Insistimos, pues, en que formamos convicción de que el acusado Jaime Massot cuando emitió las certificaciones y luego realizó los informes previos a la licencia afirmando que el suelo era urbano y que el uso permitido era el comercial y de restaurante, lo hizo a sabiendas de su falsedad y con absoluto y total desprecio a la verdad, ocultando que las parcelas en cuestión eran suelo rústico ANEI, tanto porque así lo consideraba el Planeamiento Municipal, como porque dichos terrenos habían sido protegidos y tenían tal carácter tras la entrada en vigor de la LEN, e incluso con anterioridad por efecto de la suspensión del Planeamiento decretada por acuerdo del Govern, así como porque no estaban dotados dichos terrenos de todos los servicios necesarios para que pudieran ser considerados como suelo urbano en aplicación de los criterios que incorporaba el artículo 2 del Real Decreto Ley 16/81, ni formaban parte integrante del entramado o malla urbana del Municipio, ya que se

encontraban situados dentro de la zona de servidumbre de costas, en una zona húmeda y no estaban rodeados o circundados por todos sus lados por terrenos urbanos, sino que aquellos terminaban precisamente en donde principiaba la parcela de Juan Carlos Hidalgo. Y precisamente por eso y porque los terrenos eran rústicos fue por los que su propietario los pudo adquirir a tan bajo precio, circunstancia esta que Jaime Massot, también conocía y por eso y para excusarse dijo, sin que ello nos merezcan ningún crédito, que cometió una imprudencia al afirmar en un principio que los terrenos eran rústicos y al darse cuenta intentó avisar a los antiguos propietarios de la parcela, para lo cual accedió a Internet, para lograr localizarlos.

QUINTO.- Otra de las cuestiones sobre las que gravitó el debate del juicio fue el papel que tuvo Juan Carlos Hidalgo en las falsedades cometidas por Jaime Massot e informes ilegales que emitió a favor del otorgamiento de las licencias y si estaba o no al corriente de ello y en tal caso, cómo y de qué manera participó.

Juan Carlos Hidalgo en sus manifestaciones quiso trasladar al Tribunal que no era conocedor de que el suelo sobre el que estaba ubicada su parcela era terreno ANEI – error sobre la antijuridicidad del hecho o error de tipo -, excusándose de toda responsabilidad en los hechos sucedidos, dado que de todo el papeleo y trámites necesarios para la realización de las obras se las encargó al Arquitecto por él contratado Francisco J. Muñoz.

Estas manifestaciones en modo alguno se compadecen con la prueba practicada.

Así, consta acreditado que Juan Carlos Hidalgo tres días antes de elevar a pública la escritura de compra de la parcela 180, solicitó al Ayuntamiento Certificación acerca de la calificación urbanística de los terrenos y en esta se declaraba que el suelo era ANEI y su uso rústico. Asimismo, en la tasación que solicitó a la empresa IBERTASA en fecha 26 de Julio de 1999, figuraba que la parcela se hallaba situada en suelo no urbanizable. Y resulta de todo

punto impensable e insensato afirmar que quien está en disposición y pretende comprar una vivienda y terrenos antes de proceder a su adquisición no se informa con anterioridad para saber cual es la calificación que tienen los terrenos y obras y edificaciones que en ellos se puedan realizar. Piénsese que el Juan Carlos Hidalgo tenía la intención de transformar una vivienda en restaurante, por lo que es lógico y razonable suponer que anteriormente a su adquisición procuró enterarse de cual era la exacta situación urbanística de la parcela y de hecho conocía las limitaciones que tenía para la edificación, al reconocer que la compró porque frente a la vivienda existía una zona de parque público. Y a la pregunta de por qué la parcela le costó solo 14 millones, cuando su valor de tasación estaba estimado en tres veces más, aunque reconoció que el precio había sido bajo no supo qué contestar. Y la respuesta a esta pregunta no puede ser otra que el menor coste de los terrenos venía determinado por la existencia de limitaciones en su uso y en las menores posibilidades edificatorias que tenían los terrenos derivadas de que la parcela era suelo ANEI con una extensión mínima de 20 hectáreas de terreno. Y porque sobre la parcela ubicada en la citada finca solo se podían realizar obras de reforma y no era posible transformar su uso a restaurante.

No olvidemos, por otro lado, que Juan Carlos Hidalgo se dedicaba al negocio de la restauración, en un establecimiento propiedad o explotado por su suegra (restaurante Barlovento) y dijo querer independizarse y abrir un local propio. En tal situación y dados los gastos y elevada inversión que supone abrir un negocio de este tipo, es lógico y comprensible que antes de eso se hubiera informado cumplidamente de cuales eran los pasos que debía de dar y de las formalidades y trámites a cumplir. Y si supo y se enteró, como así fue, tras serle expedida la certificación de fecha 26 de Julio de 1999, que la parcela era suelo rústico y que en ella no podían realizarse obras para proceder al cambio de uso de la vivienda y para solucionar esas limitaciones contrató los servicios de un Arquitecto, dándose la casualidad que fue a elegir precisamente aquél con el que el Jefe del Área de Urbanismo del Ayuntamiento tenía y participaba en negocios y lo conocía. Más que casualidad, bien parece una elección buscada de propósito y

seguramente tras haber recibido consejo, para que Jaime Massot allanase el camino y le facilitase las cosas

Por otro lado, Juan Carlos Hidalgo era el hermano del Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx Eugenio Hidalgo, y habida cuenta de esta vinculación familiar e información de que disponía su hermano por razón de su cargo, es seguro que era conocedor de que los terrenos eran ANEI. Además, el Arquitecto que contrató para la realización hubo de explicarle lo que significaba que la finca estuviera asentada en terrenos ANEI y las consecuencias que ello comportaba, en cuanto a su uso y posibilidades edificatorias.

También fue Juan Carlos Hidalgo el que en escritos redactados de su puño y letra solicitó hasta en tres ocasiones distintas ante el Ayuntamiento la emisión de tres nuevas certificaciones en las que cambiando su criterio la Corporación, y de acuerdo con la información suministrada por el acusado Jaime Massot, afirmaba que los terrenos habían dejado de ser repentinamente rústicos para convertirse, de la noche a la mañana, en terrenos urbanos y en la medida en que este cambio de criterio se produjo sospechosamente después de que el acusado Massot se entrevistase e intercambiase impresiones con el Arquitecto contratado por Juan Carlos Hidalgo, dándose la circunstancia de que entre ambos Arquitectos existía una relación previa de conocimiento y de participación en negocios a través de una empresa de la que era titular Jaime Massot, y habiendo considerado probado que la modificación del criterio seguido por Massot para certificar que lo que antes era terreno rústico protegido había dejado de serlo, no se correspondía con la clasificación que de los terrenos había realizado la LEN, ni con el criterio Municipal manifestado en los proyectos de Normas Subsidiarias, ni con la realidad fáctica de la parcela, la cual no se hallaba situada dentro del entramado urbano, precisamente porque tanto la LEN como los proyectos de Planeamiento del Municipio habían querido preservar su carácter de suelo rústico protegido, la única explicación plausible que permite justificar y entender ese cambio de criterio, fruto de su capricho y expresado en las certificaciones emitidas a petición y en virtud de solicitudes

formuladas por el propio Juan Carlos e informes realizados por Massot como paso previo al otorgamiento de las licencias y para posibilitar los deseos de Juan Carlos, es que se debiera a la influencia, convencimiento e inducción que sobre Jaime Massot ejerció eficazmente el acusado Juan Carlos Hidalgo o de este por mediación del Arquitecto para que Massot emitiera las certificaciones e informes en el sentido interesado por Juan Carlos Hidalgo y para así posibilitar el fin propuesto, aún cuando fuera contrario al ordenamiento urbanístico, amparándose para ello en una interpretación de la normativa que, aunque aparentemente era admisible, en verdad era injusta y expúrea, todo ello para beneficiar a Juan Carlos Hidalgo, ya fuera porque hubiera mediado algún tipo de contraprestación económica o de favor, o simplemente por la vinculación de intereses existente entre su Arquitecto y Jaime Massot, o haciendo valer la relación de parentesco existente entre Juan Carlos Hidalgo y el Concejal de Urbanismo, siendo motivo suficiente para que Jaime Massot quisiera favorecerle y accediera a las solicitudes de Juan Carlos Hidalgo, o al menos para que le convencieran y que mirase con buenos ojos las pretensiones de Juan Carlos Hidalgo.

Las vicisitudes surgidas en la tramitación de los expedientes administrativos de obras y cambio de uso y de legalización y favorecimiento de que fue objeto Juan Carlos con la incoación de un expediente administrativo sancionador, evitando que le pudiera recaer una multa de elevada cuantía por obras realizadas en ANEI, en fechas sospechosamente anteriores al requerimiento dirigido por el Consell Insular al Ayuntamiento para conocer el alcance de las obras y licencias de que disponían y si se había incoado o no algún tipo de actuación sobre las mismas; y trabas opuestas al Consell para determinar si el Ayuntamiento había legalizado tales obras y uso de la vivienda a restaurante, abonan la tesis de que el acusado Juan Carlos Hidalgo no solo conocía la antijuridicidad de la conducta desplegada por el acusado Massot, sino que la hubo determinado influyendo en su voluntad y convenciéndole eficazmente para que después de haber certificado que la parcela era rústica y su uso agrícola, cambiara interesada y arbitrariamente de criterio afirmando que era urbana y de uso comercial, a sabiendas de que

dicha modificación de la clasificación del suelo y de su uso, implicaba una abierta y frontal ilegalidad.

SEXTO.- La última de las cuestiones que se suscitó en el acto del juicio fue la referida a la actuación desplegada por el acusado Eugenio Hidalgo Garcés.

A tenor de la tesis Fiscal este acusado en su condición de Concejal de Urbanismo y para favorecer a su hermano con el que tenía negocios en común, a través de la sociedad EUCAR, había inducido e influido sobre el Jefe del Área de Urbanismo para que accediera a todas sus solicitudes y pretensiones que formulase su hermano Juan Carlos en relación a la emisión de certificados afirmando que los terrenos de su propiedad eran urbanos e informes favorables a la obtención de las licencias de cambio de uso a restaurante y licencia de actividad, pese a conocer que ello no era posible y constituía una ilegalidad, por cuanto los terrenos sobre los que se hallaba levantada la edificación adquirida por su hermano era suelo ANEI y el uso permitido era el agrícola y residencial.

El Ministerio Fiscal construyó la acusación contra Eugenio Hidalgo en la relación de parentesco con su hermano, así como en que ambos tenían negocios comunes a través de la empresa de compraventa de vehículos EUCAR y porque Eugenio Hidalgo dada su condición de Concejal de Urbanismo no podía desconocer las ilegales pretensiones de su hermano y de facto cuando el Pleno del Ayuntamiento votó la concesión de la licencia Eugenio Hidalgo se abstuvo de intervenir en dicha votación. Además, Eugenio al ser el Concejal de Urbanismo tenía la posibilidad y facilidad, por la relación profesional que le unía con Jaime Massot, para convencerle e influir en él para que favoreciera a su hermano certificando que el terreno era urbano e informando positivamente para que le fuera concedida una licencia de obras y de cambio de uso que a otra persona que no fuera él no le sería otorgada, dada la protección que tenían los terrenos por tratarse de suelo ANEI.

Por su parte la defensa de Eugenio Hidalgo sostuvo que su representado en nada intervino en la concesión de la licencia, ya que no formó parte del Pleno que votó a favor del otorgamiento de la licencia, avocando de las competencias que tenía concedidas por delegación de la alcaldesa y en la fecha en que se solicitaron las licencias dijo estar frontalmente enemistado con su hermano Juan Carlos porque éste hubo adquirido los terrenos sin comunicárselo y de “tapadillo” y no quiso que tuviera participación ninguna en el negocio de restaurante que Juan Carlos quería explotar bajo el nombre de las Velas.

Para sostener y avalar esta tesis la defensa aportó al juicio varios testimonios y entre ellos el de la entonces Alcaldesa de Andratx doña Margarita Moner, que corroboraron la versión del Concejal Eugenio, manifestando que sabían que ambos hermanos estaban enfrentados y que en prueba de ello Eugenio no había acudido a la inauguración del restaurante las Velas en Junio del 2001 y Juan Carlos a la toma de posesión como Alcalde de Andratx de su hermano Eugenio en Abril de 2002.

Para la defensa la presencia de esas malas relaciones excluía toda posibilidad de que Eugenio hubiera intervenido para favorece a su hermano.

El Ministerio Fiscal restó virtualidad a la postura de la defensa, pues en su opinión no había enemistad entre los hermanos, o de haberla se produjo cuando disolvieron la sociedad EUCAR en Junio de 2002 y no antes, y esto tuvo lugar con posterioridad al otorgamiento de las licencias y emisión de los falsos certificados. Pero y aunque estuvieran enemistados eso no impedía que entre hermanos se ayudasen y que Eugenio influyera en Massot.

A juicio de la Sala y a tenor de lo actuado ambas opciones son perfectamente posibles y de hecho es innegable que Eugenio Hidalgo no podía ignorar cuales eran las intenciones de su hermano de solicitar una licencia de obras y de cambio de uso de la vivienda. En tal sentido dijo conocer que había comprado los terrenos y también consta que no intervino en el Pleno que votó a favor del otorgamiento de la licencia.

La cuestión no es si Eugenio sabía cuales eran las ilícitas intenciones de su hermano, que evidentemente si las conocía, pero a quien no estaba precisamente obligado a denunciar por razón del parentesco, sino sí, como entendió el Ministerio Fiscal, influyó e indujo a Massot para que accediera a sus solicitudes certificando en falso e informando a favor del otorgamiento de una licencia que era ilegal por no ser los terrenos urbanos y si en cambio rústicos protegidos.

A juicio de esta Sala, efectivamente, coexisten sospechas de que esto pudo ocurrir, sobre todo porque no sabemos en que momento exacto ambos hermanos se enemistaron, ya que es posible que ello ocurriera con posterioridad a que Eugenio hubiera hablado con Massot para interceder a favor de su hermano y para convencerle de que le ayudase en sus ilegales pretensiones, pero también es perfectamente posible que por estar enemistados ambos hermanos y desde que Juan Carlos hubo adquirido la parcela, Eugenio no hubiera influido ni ejercido presiones sobre Massot para posibilitar, sabiendo que ello no era legalmente admisible, dado el nivel de protección que tenían los terrenos, que le fueran autorizadas obras en su vivienda para proceder al cambio de uso a restaurante.

Al respecto de las malas relaciones entre ambos hermanos obra en la causa una reveladora conversación telefónica en la que Eugenio se sincera con su interlocutor y viene a negar cualquier intervención en las irregularidades que la Fiscalía imputa a Juan Carlos por el tema del restaurante, aludiendo a que en aquél entonces estaban enfrentados y enemistados porque Juan Carlos había comprado la parcela a escondidas suyas y no quería que él participase en el negocio del restaurante Las Velas, hoy denominado IL Grillo.

Cierto es que Eugenio y Massot admitieron haber hablado de los expedientes de Juan Carlos, pero la expresión utilizada por Eugenio: de que lo mirase con lupa a la hora de atender las peticiones de su hermano, según su propio y literal sentido, equivale a que fuera estricto y riguroso a la hora

de examinar los expedientes de su hermano y no permite extraer que quisiera indicar que no le pusiera reparos.

En este estado de cosas, La Sala opta por considerar que aunque efectivamente el acusado Eugenio era conocedor de que su hermano se proponía solicitar una licencia de obras para cambiar el uso de la vivienda sita a restaurante y que en consecuencia era consciente y conocedor de sus ilegales intenciones, no hay base suficiente para entender probado que hubiera inducido a Massot para que emitiera certificados falsos afirmando que los terrenos eran urbanos, ni para que informase favorablemente a las licencias que Juan Carlos solicitó, pues es posible que al estar enemistado Eugenio con su hermano al haberle ocultado la adquisición de la vivienda y no dejarle participar en el negocio que quería explotar de restaurante, aunque tampoco fuera su intención perjudicarlo, no le hubiera auxiliado ni influido en Massot para que accediera a sus solicitudes.

Ello sin embargo, si entendemos que aparece probado que con posterioridad al otorgamiento de la licencia de obras, Eugenio Hidalgo si colaboró para auxiliar a su hermano Juan Carlos, porque una vez que supo que en el Ayuntamiento tuvo entrada un escrito del Consell Insular demandando información sobre las actuaciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento, en relación a las obras ejecutadas por su hermano en el ANEI 31, referidas al cambio de uso a restaurante en zona ANEI, así como sobre las licencias concedidas y que se había levantado un acta de Inspección por personal del Consell Insular, dio orden al Celador Municipal para que acudiera a las obras y levantase un acta de suspensión de las mismas por haber sido realizado parte de ellas al margen de la licencia, acta que fue seguida de un informe por parte del técnico Municipal y de un Decreto de la Alcaldía ratificando la suspensión del Celador y acordando la incoación de un expediente sancionador. Todo ello tuvo lugar en el mismo día y esa conexión espacio temporal y la circunstancia de que Eugenio Hidalgo hubiera dado inicio a estas actuaciones y enviado a los terrenos al Celador, tal y como ambos reconocieron en el acto del plenario, permite sostener que todas estas actuaciones, necesariamente y por pura lógica,

tuvieron que surgir y provenir del propio Eugenio Hidalgo, quien por lo mismo hubo de dar instrucciones para que se manipulase el sello de entrada en el Ayuntamiento del escrito del Consell, y dar la impresión de que había accedido el día posterior a que se hubieran iniciado actuaciones por parte del Ayuntamiento.

La misma manipulación de la fecha de presentación del escrito del Consell en el Ayuntamiento, haciendo ver que había accedido a las dependencias Municipales el día posterior y que en el día anterior se verificasen, sin solución de continuidad, la visita del Celador, el informe del Técnico Municipal y el Decreto, lo que supone un celo y rapidez inusitado en la actuación administrativa diaria de los organismo públicos, evidencia que si no hubiera sido por la presentación del escrito del Consell el expediente de sanción nunca y de ninguna de las maneras se hubiera incoado.

Con la incoación del expediente sancionador Eugenio Hidalgo evitaba, de una parte, que el Consell Insular se pudiera subrogar en las competencias que tiene reconocidas dicho organismo en materia de disciplina urbanística y al participarle tales actuaciones se hizo de tal modo que se omitió y orillo, intencionadamente, informar al Consell que las obras realizadas para cambio de uso habían sido autorizadas previa calificación del suelo como urbano. Y de otra parte, se lograba que la sanción que el Consell hubiera impuesto a su hermano Juan Carlos por realizar obras para cambio de uso en terrenos ANEI y que habían sido valoradas por el Inspector del Consell a efectos de una posible sanción en casi 51.000 euros, quedase reducida en el expediente sancionador del Ayuntamiento a una cantidad muy inferior (3.967,18 euros), la cual además ni tan siquiera consta que Juan Carlos la haya finalmente satisfecho.

SEPTIMO.- En lo que respecta a la calificación jurídica de los hechos que han sido declarados probados, La Sala estima que son legalmente constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial cometida por funcionario público del artículo 390.1 del CP, condición que ostentaba el acusado Jaime Massot en su condición de Jefe del Área de Urbanismo del

Ayuntamiento de Adratx y en la modalidad de faltar a la verdad en la narración de los hechos – apartado 4º -.

La falsedad la comete el acusado Jaime al haber emitido los certificados de fecha 8 de Enero y 21 de Febrero de 2001 y 11 de Enero de 2002, afirmando que la parcela propiedad de Juan Carlos Hidalgo tenía la condición de suelo urbano y que su uso permitido era el comercial y de restaurante, a sabiendas y con pleno y cabal conocimiento de que ello no era verdad y consciente de la inveracidad de lo comunicado, dado que la parcela tenía la calificación de ANEI 31 y que el uso autorizado por la normativa urbanística era el agrícola.

La falsedad cometida resulta trascendente e idónea desde el momento en que se atribuye a la parcela una calificación urbanística que no tiene en la realidad y le otorga unas posibilidades urbanísticas de las que no dispone, y tiene entidad bastante para lesionar el bien jurídico protegido de la seguridad en el tráfico jurídico que ha de concederse a los actos emanados de la Administración, que gozan de la presunción de veracidad que se les supone.

Concurre en el acusado Jaime Massot dolo falsario, ya que según se ha estimado probado al emitir los certificados faltó consciente y deliberadamente a la verdad y lo hizo suplantando la voluntad Municipal expresada en los proyectos de las diferentes Normas Subsidiarias de Planeamiento y la calificación que al terreno concedía la LEN, y sustituyéndola por su opinión subjetiva, interesada y parcial, la cual ni tan siquiera se correspondía con la realidad física de los terrenos.

Aunque fueron tres los certificados emitidos, en contra del criterio del Ministerio Fiscal que estimó cometido el delito de falsedad en grado de continuidad delictiva del artículo 74 del CP. Este Tribunal considera que procede la condena sólo y únicamente por un delito de falsedad, en la medida en que los varios certificados, en verdad, se complementan y el

contenido que expresan es uno solo y el mismo en realidad: que la calificación de los terrenos era urbana y el uso autorizado comercial.

Además, dichos certificados fueron emitidos para surtir y desplegar sus efectos en el seno del Ayuntamiento del que provenían y con objeto de obtener las licencias pertinentes de obras y cambio de uso y de actividad, con lo que entendemos que su plural emisión, no obstante verificada en momentos temporales distintos, se corresponde con una misma acción falsaria.

De este delito es responsable en concepto de autor material el acusado Jaime Massot Sureda; y Juan Carlos Hidalgo en concepto de inductor, al haber convencido y ejercido presión e influencia sobre el anterior para que emitiera tales certificados, a sabiendas de que su contenido era falso y mendaz.

Los hechos, asimismo, son constitutivos de un delito de prevaricación urbanística, previsto y penado en el artículo 320 del CP.

Esta calificación deviene obligada desde el momento en que hemos estimado probado que el acusado Jaime Massot en su condición de Jefe del Área de Urbanismo, al emitir los informes favorables al otorgamiento de las licencias de obras y de cambio de uso y de actividad (expedientes MA 255/00 y 5/01), lo hizo consciente y deliberadamente incumpliendo la normativa urbanística y la interpretación que de la misma cabía hacer en cuanto a la calificación de la parcela como suelo urbano, de manera que los informes que emitió a favor del otorgamiento de la licencia, que si hubieran sido justos tendrían que haber sido negativos y contrarios a la concesión de las licencias, fueron fruto, no del cumplimiento de la Ley y de su recta aplicación, sino de su particular, subjetiva y parcial interpretación de la normativa, y por tanto de una lectura caprichosa, espurea y torcida de la legalidad urbanística, todo ello para beneficiar al solicitante de la licencia Juan Carlos Hidalgo, el cual también es responsable de este delito en calidad de inductor, al haber influido y convencido a Massot a la hora de

realizar dichos informes a su favor, cuando los que hubiera tenido que efectuar de haber cumplido la legalidad habrían sido contrarios y opuestos a la concesión de la licencia.

La Sala, de nuevo discrepa con el Ministerio Fiscal en que sean dos los delitos de prevaricación cometidos, porque aunque es verdad que el acusado en dos ocasiones distintas informó de modo injusto y contraviniendo la legalidad, nos referimos a los informes recaídos en los expedientes de obras y cambio de uso (MA 255/00) y de licencia de actividad (5/01), en el procedimiento administrativo la solicitud de ambas licencias se convierte en paso previo y requisito conjunto y complementario, dado que no es posible la apertura de un negocio, para el cual por lo general se hace preciso la realización de obras de adecuación a la actividad proyectada, sino se solicitan al mismo tiempo las licencias de obras y la de actividad, por lo que estimamos que concurre una sola acción.

Esta interpretación viene sustentada en la misma normativa vigente que saliendo al paso de esta problemática, ha resuelto que cuando se trate de una construcción para un uso específico y determinado, que no sea exclusivamente el de vivienda, no podrá concederse la licencia de edificación y uso del suelo sin que antes se hubiera otorgado el permiso de instalación (Llei 16/2006, de 17 de Octubre, de Règim Juridic de Les Llicències Integrades D`Activitat de Les Iles Balears).

De este delito responde el acusado Jaime Massot como autor material y Juan Carlos Hidalgo como inductor o instigador de la conducta prevaricadora del anterior.

Los delitos de falsedad y de prevaricación se consideran cometidos en concurso real, ya que para la concesión de las licencias no era, objetivamente necesario, la obtención previa de los mendaces y falsos certificados.

De igual modo, los hechos declarados probados y en lo que respecta a la participación del acusado Eugenio Hidalgo Garcés, apreciamos que son legalmente constitutivos de un delito de prevaricación de funcionario del artículo 404 del CP y no en la modalidad de prevaricación urbanística del artículo 320.

La prevaricación y decisión injusta la comete Eugenio Hidalgo desde el momento en que conocedor de que su hermano ha obtenido una licencia ilegal y contraria al ordenamiento jurídico, pero en cuya concesión no ha tomado parte, aunque supo que pese a excusarse de intervenir en la votación del pleno dicha licencia injusta le iba a ser previsiblemente otorgada, pero que por su relación de parentesco no venía obligado a denunciar a su hermano, ni por ausentarse del pleno cabe considerar que ostentaba una posición de garante que le obligase a evitar e impedir que se discutiera en el Pleno la solicitud de la licencia, sin embargo, auxilia y colabora con su hermano una vez conoce que el Consell Insular requiere al Ayuntamiento de Andratx para que informe sobre la situación administrativa y licencias concedidas para realizar las obras en los terrenos ANEI 31, así como si se ha abierto o incoado algún tipo de expediente. Es entonces cuando Eugenio Hidalgo, que no obstante había avocado sus competencias por delegación, decide dar orden al Celador Municipal para que levante acta ordenando la paralización de las obras y para que seguidamente emita informe el Técnico Municipal y el mismo día se dicte Decreto ordenando la suspensión de las obras e incoando expediente sancionador. Esa misma conexión y coincidencia espacio temporal, abona que el impulso y celo desarrollado en la incoación del expediente sólo pudo provenir del acusado Eugenio Hidalgo, pues tenía el dominio funcional de la acción, todo ello con la finalidad de evitar la posible subrogación del Consell y de ocultar la ilegalidad de las obras, así como de impedir que a su hermano pudiera serle impuesta una multa elevada por las obras realizadas, consciente de que las mismas eran ilegales por haber sido realizadas en suelo calificado de ANEI.

La manipulación del sello de entrada del escrito del Consell y perceptible a simple vista, confirma la conclusión de que dicho escrito fue

intencionadamente posdatado para dar la impresión de que la incoación del expediente de sanción tuvo lugar el día inmediatamente anterior.

Cierto es que desde el punto de vista falsario, la manipulación se presenta intrascendente e inocua, ya que hubiera resultado indiferente la incoación del expediente sancionador con fecha posterior al escrito del Consell, porque en este se concedía un plazo al Ayuntamiento para atender a su requerimiento, que entonces no se había agotado, más advierte de que se quería dar la impresión de que la actuación Municipal había sido diligente y anterior en el tiempo al requerimiento del Consell, lo que no fue así.

Igualmente, es cierto que la decisión del Concejal Eugenio Hidalgo, aparente y externamente considerada, se presenta legítima, porque con ella se persigue sancionar a su hermano al haber realizado obras al margen de la licencia concedida, pero en realidad con tal decisión formalmente lícita – partiendo de que la licencia inicial fuese válida, cosa que no ocurría - se persigue una finalidad espurea y torticera, cual es impedir la actuación inspectora del Consell y que se subrogase en las competencias sancionadoras del Ayuntamiento y se intenta impedir el conocimiento del alcance de las obras y que la licencia había sido concedida pese a su manifiesta y patente ilegalidad. Y; además, con la incoación del expresado expediente sancionador se conseguía e intentaba impedir al mismo tiempo que su hermano fuera sancionado con una elevada multa, frente a la que finalmente le fue impuesta por la Corporación Municipal, de mucha menos importe económico y que ni si tan quiera consta que finalmente la hubiera satisfecho.

Ha de reconocerse que el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación atribuyó al acusado Eugenio Hidalgo la conducta de haber ejercido influencia y presiones sobre el Jefe del Área de Urbanismo para que a sabiendas de la ilegalidad informase a favor de las licencias solicitadas por su hermano y que le expidiera cuantos certificados e informes pidiera interesar para conseguir sus ilícitos propósitos de trasmutar la calificación urbanística de su parcela y poder llevar a cabo las obras y

cambio de uso pretendido, cuando ello no era posible. Y que en cuanto al delito de prevaricación las imputaciones que vierte el escrito de acusación se refieren a los expedientes de licencia de obras y cambio de uso (MA 255/00) y de actividad o de apertura (5/01). Y que a pesar de tales imputaciones esta Sala ha entendido que la participación delictiva que el acusado Eugenio Hidalgo ha tenido en los hechos sometidos a examen ha quedado concretada a la colaboración y auxilio prestado a su hermano, una vez ya hubo obtenido las licencias y para impedir la actuación del Consell Insular ordenando la incoación de un expediente sancionador (expediente 4/01), con el cual se perseguía alcanzar una decisión que aunque aparentemente lícita y conforme a la legalidad, encubría otra muy distinta e injusta y por ello mismo prevaricadora.

Por consiguiente, la participación que esta Sala atribuye cometida en los hechos debatidos a Eugenio Hidalgo se desarrolla y produce en el ámbito de un expediente distinto al que le reprocha el Ministerio Fiscal. Pero, no por ello el Tribunal entiende que tal modificación operada en la calificación compromete el Principio Acusatorio, en la medida en que los hechos de los que resulta esta calificación aparecen descritos e incorporados en el escrito de acusación del Fiscal y sobre los mismos fue ampliamente interrogado el acusado en el acto del juicio oral y pudo defenderse de ellos – tal y como resulta del contenido del acta y visionado de la grabación - y la calificación que de ellos cabe hacer como subsumibles en un delito de prevaricación cometido por funcionario público, previsto y penado en el artículo 404 del CP; resulta plenamente homogénea respecto del delito de prevaricación urbanística del artículo 320 del CP que le imputó el Ministerio Fiscal, pues éste delito no es más que la especie, es decir un tipo especial por razón de la materia urbanística y la prevaricación común el género (STS 1440/2003, de 31 de Octubre; RJ 2004\1767), sin olvidar, que el delito que finalmente se estima cometido frente al que ha sido objeto de acusación contempla una penalidad mucho más benévola y que alcanza únicamente a la inhabilitación especial y no contiene pena privativa de libertad.

OCTAVO.- Los hechos declarados probados, no son sin embargo, a juicio de este Tribunal, constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio, en la modalidad de construcción sin licencia en suelo de especial protección del artículo 319 del CP.

Es cierto y no puede negarse que las obras realizadas sobre la vivienda para el cambio de uso no disponían de licencia, al ser la misma ilegal y nula de pleno derecho, pero lo que nos lleva a considerar que no se ha cometido el delito contra la ordenación del territorio es la opinión de que lo que realidad es objeto de infracción urbanística afecta y se refiere a un cambio de uso de vivienda a restaurante, el cual no ha comportado importantes obras edificatorias en el sentido del término exigido por el tipo penal “de construcción”, ya que la edificación ya existía con anterioridad y no hubo apenas aumento de volumen respecto de lo edificado. Y aunque si se realizaron obras consistentes en explanación y ejecución de terraza y cierre, el alcance de estas obras no se estima que tenga virtualidad y entidad suficiente como para lesionar el bien jurídico protegido de la ordenación del territorio, el cual, es verdad que se ha visto formalmente conculcado (antijuridicidad formal), pero materialmente no con la intensidad que exige y requiere la aplicación del tipo penal, que por exigencias del principio de mínima intervención ha de quedar relegado a los más graves ataques y atentados contra la ordenación del territorio.

Con ello no quiere transmitir este Tribunal la impresión de que no sea posible sancionar en sede penal aquellos supuestos en los que la infracción urbanística consista en un cambio de uso, pero si que ello exigirá una alteración sustancial, grave e importante del territorio, lo que en el caso presente no se constata, y sobre todo porque la acusación del Fiscal no especificó ni concreto, aunque si en su extensión conjunta, pero no diferenciada, el alcance y trascendencia edificatoria de las obras de explanación y ejecución de terraza contigua a la vivienda, que no negamos constituyen una infracción urbanística, pero insuficiente y menor para apreciar cometido el tipo penal que sanciona el artículo 319 del CP. Sin perjuicio, claro está, de las acciones que puedan corresponde en el ámbito

del derecho Administrativo para restablecer la legalidad urbanística infringida y a las que nos remitimos y hacemos reserva expresa de acciones.

NOVENO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los acusados.

DÉCIMO.- Tratándose los delitos de falsedad en documento oficial cometido por funcionario y de Prevaricación Urbanística, delitos especiales propios, ya que solo pueden ser sujetos activos de estos delitos los que tenga la condición de funcionario o, aún no teniéndola de facto participan del ejercicio de funciones públicas y comentan los hechos con ocasión de las mismas, aplicamos en la participación del acusado Juan Carlos, por no concurrir en su persona la cualidad de funcionario, la posibilidad que concede el artículo 65.3 del CP, de rebajar la pena base en un grado a la prevista en el tipo penal para el sujeto activo.

DÉCIMOPRIMERO.- En cuanto a la pena a imponer se establece para el acusado Jaime Massot en 4 años de prisión y multa 10 meses, a razón de una cuota diaria de 40 euros/día – que se estima ajustada a su presumible capacidad económica -, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas de multa impagadas e inhabilitación especial por tiempo de 3 años, por el delito de falsedad y en 1 año de prisión e inhabilitación especial para todo empleo o cargo público por tiempo de 8 años por el delito de prevaricación urbanística, rehuendo de la aplicación del mínimo imponible establecido para el primer delito en 3 años de prisión y de 6 meses en el segundo, valorando la emisión de plurales certificaciones e informes y su condición de funcionario cualificado como Jefe de Área del Ayuntamiento de Andratx y consecuencias que tuvo su actuación prevaricadora que posibilitó la concesión de sendas licencias ilegales, burlando la protección que a los terrenos litigiosos concedía la LEN.

A Juan Carlos Hidalgo se le impone la pena de 1 año y 6 meses de prisión por el delito de falsedad en documento oficial y multa 3 meses, a razón de una cuota diaria de 20 euros, con responsabilidad personal

subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas de multa impagadas, e inhabilitación especial por tiempo de 1 año. Y de 3 meses de prisión por el delito de prevaricación urbanística, a sustituir por multa de 180 días, a razón de una cuota diaria de 20 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas de multa impagadas – en aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 del CP, de acuerdo con la redacción vigente en la fecha de comisión de los hechos y que obligaba a la sustitución automática de la pena por efecto de la degradación cuando su extensión fuera inferior a los seis meses, por ser más favorable - e inhabilitación especial para todo empleo o cargo público por tiempo de tres años y 6 meses.

Finalmente, a Eugenio Hidalgo Garcés por el delito de prevaricación de funcionario se le impone la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 años.

DÉCIMOSEGUNDO.- En cuanto a las costas procesales habiendo resultado absuelto Juan Carlos Hidalgo del delito contra la ordenación del territorio y Eugenio Hidalgo de los delitos de prevaricación administrativa y falsedad en documento oficial cometida por funcionario público, se imponen a los acusados Jaime Massot y Juan Carlos Hidalgo las 2/8 partes de la costas y a Eugenio Hidalgo 1/8 parte, imponiendo expresamente las devengadas a la Acusación Particular y se declaran de oficio las 5/8 partes restantes.

FALLO:

Que debemos condenar y condenamos a **JAIME MASSOT SUREDA y JUAN CARLOS HIDALGO GARCÉS**, como autores responsables de un delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público y de un delito de prevaricación urbanística, ambos en relación de concurso real, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas siguientes:

1.- A JAIME MASSOT SUREDA 4 años de prisión y multa 10 meses, a razón de una cuota diaria de 40 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas de multa impagadas e inhabilitación especial para todo empleo o cargo público por tiempo de 3 años, por el delito de falsedad. Y en 1 año de prisión e inhabilitación especial para todo empleo o cargo público por tiempo de 8 años por el delito de prevaricación urbanística.

2.- A JUAN CARLOS HIDALGO 1 año y 6 meses de prisión por el delito de falsedad en documento oficial y multa de 3 meses, a razón de una cuota diaria de 20 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas de multa impagadas, e inhabilitación especial para todo empleo o cargo público por tiempo de 1 año. Y a 3 meses de prisión, a sustituir por 180 días multa, a razón de una cuota diaria de 20 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas de multa impagadas e inhabilitación especial para todo empleo o cargo público por tiempo de tres años y 6 meses, por el delito de prevaricación urbanística.

Y; DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS:

3.- A EUGENIO HIDALGO GARCÉS por un delito de prevaricación de funcionario a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 años.

4.- SE ABSUELVE al acusado **JUAN CARLOS HIDALGO GARCÉS** del delito contra la ordenación del territorio del que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular y **a EUGENIO HIDALGO GARCÉS**, se le absuelve asimismo de los delitos de falsedad en documento oficial y prevaricación urbanística.

Se imponen a los acusados Jaime Massot Sureda y a Juan Carlos Hidalgo las 2/8 partes de las costas y a Eugenio Hidalgo 1/8 parte,

incluyendo las de la Acusación Particular ejercida por el Ayuntamiento de Andratx, declarando de oficio las 5/8 partes restantes.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de Casación en el plazo de cinco días.

Así, por ésta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y el original al libro de Sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Diligencia.- La extiendo yo la Secretaria para hacer constar que la anterior Sentencia ha sido publicada en Audiencia Pública en el día de su fecha.