



Roj: **AAP GU 444/2017 - ECLI: ES:APGU:2017:444A**

Id Cendoj: **19130370012017200442**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Guadalajara**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2017**

Nº de Recurso: **478/2017**

Nº de Resolución: **399/2017**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA ELENA MAYOR RODRIGO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

GUADALAJARA

AUTO: 00399/2017

PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Teléfono: 949-20.99.00

Equipo/usuario: EQ1

Modelo: 662000

N.I.G.: 19130 43 2 2016 0010415

RT APELACION AUTOS 0000478 /2017 -A

Delito/falta: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Procedimiento de origen: D.P. 1178/16

Órgano de procedencia: JUGADO DE INSTRUCCIÓN NUM. 4 DE GUADALAJARA

Recurrente: Jorge , Beatriz , Edurne , Narciso , Gema , Romulo , Macarena

Procurador/a: D/Dª MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE, MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE , MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE , MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE , MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE , MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE , MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE

Abogado/a: D/Dª FRANCISCO JAVIER GARCIA ALONSO, FRANCISCO JAVIER GARCIA ALONSO , FRANCISCO JAVIER GARCIA ALONSO , FRANCISCO JAVIER GARCIA ALONSO , FRANCISCO JAVIER GARCIA ALONSO , FRANCISCO JAVIER GARCIA ALONSO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

ILMA. SRA. PRESIDENTE:

Dª ISABEL SERRANO FRÍAS

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN

Dª MARÍA VICTORIA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Dª MARIA ELENA MAYOR RODRIGO

A U T O N° 399/17

En GUADALAJARA, a veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete.



HECHOS

PRIMERO. Por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Guadalajara, con fecha 2 de junio de 2017, se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**NO HA LUGAR A LA ADMISIÓN A TRÁMITE de la denuncia interpuesta por la representación procesal de Macarena, Jorge, Beatriz, Edurne, Narciso, PILAR GANCHO HERNANDEZ DE LA HUERTA y Romulo contra Argimiro y, en consecuencia, ordeno el ARCHIVO de las Diligencias Previas 1178/2016, sin perjuicio de las acciones administrativas o contencioso-administrativas que su derecho correspondan a los denunciantes.**".

SEGUNDO. Notificada dicha resolución a las partes personadas, por la representación de Macarena, Jorge, Beatriz, Edurne, Narciso, Gema y Romulo, se presentó recurso de reforma y subsidiario de apelación contra la misma. Desestimado el recurso de reforma por auto de 6 de septiembre de 2017, y admitido que fue el de apelación, puesta de manifiesto la causa a las demás partes, se remitieron las actuaciones a este Tribunal para la resolución del recurso, llevándose a efecto la deliberación y fallo el pasado día 29 de noviembre del año en curso.

TERCERO. En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar resolución.

Siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ELENA MAYOR RODRIGO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La representación procesal de Macarena, Jorge, Beatriz, Edurne, Narciso, Gema y Romulo formuló denuncia contra Argimiro, Alcalde del Ayuntamiento de **Pastrana** (Guadalajara), por presuntos delitos de prevaricación administrativa, contra la ordenación del territorio, contra el patrimonio histórico, por ocupación ilegítima del dominio público y desobediencia.

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Guadalajara, en fecha 2 de junio de 2017, dictó auto que acuerda la inadmisión de la denuncia por no ser los hechos constitutivos del delito de prevaricación, acordando el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de las acciones administrativas o contencioso-administrativas que pudieran corresponderles.

La parte denunciante interpuso recurso contra dicha resolución instando la continuación de las actuaciones y la práctica de las diligencias probatorias especificadas en la denuncia, alegando, como motivos del recurso, vulneración del art. 24 de la CE, y de los arts 776.2, 109 y 110 de la Lecrim, por haber procedido al archivo de las actuaciones sin haber realizado ninguna diligencia de las solicitadas, lo que le ha causado indefensión y le ha privado de la posibilidad de ejercer sus derechos; falta de pronunciamiento sobre todos los delitos denunciados; y existencia de indicios de la comisión de dichos delitos, que deben ser investigados, así como de un delito de usurpación de funciones en relación con la actuación de los **arquitectos** honoríficos, de desobediencia del art. 410.1 del CP por parte del Ayuntamiento de lo dispuesto en las sentencias dictadas en la jurisdicción contencioso-administrativa, y de urbanismo del art. 320.1 por no haber realizado la actividad de inspección obligatoria y sancionadora ante la realización de una actividad clandestina.

Por auto de 6 de septiembre de 2017 se desestimó el recurso, ratificando lo indicado en el auto recurrido, con remisión al informe emitido por el Ministerio Fiscal.

Contra dicho auto se alza la parte denunciante reiterando los argumentos dados en su recurso de reforma.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación pues, de la documentación aportada, se llega a la conclusión de que no existen elementos objetivos suficientes para poder determinar que las personas sometidas a investigación hayan cometido ningún ilícito penal.

SEGUNDO. Motivo de apelación: vulneración de los arts 24 de la CE, 776.2, 109 y 110 de la Lecrim por haber inadmitido la denuncia sin realizar ninguna diligencia de investigación.

Por razones de sistemática, analizaremos, en primer lugar, el motivo en el que se denuncia que se ha producido la vulneración de los arts. 24 de la CE y 776.2, 109 y 110 de la Lecrim, por haber procedido al sobreseimiento de las actuaciones sin haber realizado ninguna diligencia de investigación, lo que le ha creado indefensión y le ha imposibilitado ejercer los derechos contemplados en los arts. 109 y 110 de la Lecrim, considerando que es precipitada tal decisión.

(i). Planteado el recurso en los términos señalados, nos encontramos con un auto de archivo dictado al amparo del artículo 269 de la Lecrim. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, que el derecho a la tutela judicial efectiva no supone, que quien ejercita la acción penal tenga un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino solo a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase de instrucción, sobre



la calificación jurídica que le merecen los hechos, en la que cabe tanto la consideración de su irrelevancia penal y la denegación de la tramitación del proceso, como su tramitación de acuerdo con las previsiones de la LECrim (AATC. 740/86 , 64/87 , 419/87 , 464/87 y SSTC. nº 1/1985 , 148/1987 , 33/1989 , 191/1992 , 37/1993 , 217/1994 , 111/1995 y 138/1997). De este modo, cuando los hechos descritos en la denuncia o querrela carezcan de ilicitud penal, el derecho de acceso a la jurisdicción "no conlleva el de apertura de una instrucción" (STC 111/1995). Solo en aquellos supuestos en que los hechos revistan "ab initio" carácter delictivo, se reconoce como facultad integrante del citado derecho fundamental un "ius ut procedatur", en virtud del cual deben practicarse las diligencias de investigación encaminadas, a tenor de los arts. 299 y 777.1 LECrim , al esclarecimiento de los hechos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y de la identidad de las personas que pudiesen haber participado (SSTC. 31/96 , 217/94 y 37/93).

En modo alguno se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva cuando los motivos de inadmisión de la denuncia aparecen debidamente fundamentadas, ni tampoco se lesiona el derecho a proponer los medios probatorios de los que intente valerse, pues inadmitida la denuncia ex art 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , no puede hablarse del derecho a las pruebas, pues el Tribunal no necesita las mismas en el supuesto de desestimación "ad limine" previsto por la ley (que los hechos en los que se funde la denuncia no constituyen delito).

En el mismo sentido, el ATS de 17 de diciembre de 2013 expresa que *" la característica de la fase instructora del procedimiento penal no es otra que la investigación de hechos en apariencia delictivos, en cuanto si ni siquiera presentan tal carácter debe procederse al archivo sin más (arts. 269 y 313 LECrim), por lo que salvado este control inicial, la instrucción estará encaminada, a tenor de los arts. 299 y 777.1 LECrim , al esclarecimiento de los hechos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, así como la identidad de las personas que en los mismos pudiesen haber participado", apuntando más adelante que "los autos de archivo dictados al amparo de los arts. 269 y 313, que han de equipararse a los de sobreseimiento provisional al no utilizarse legalmente el concepto de sobreseimiento libre, y no admitirse esta fórmula respecto de resoluciones que se limitan a efectuar un control formal sobre los hechos conocidos por la autoridad que no revistan caracteres de delito, sin que en consecuencia se haya iniciado ningún tipo de investigación, y que no tienen más finalidad que evitar someter a una persona a un procedimiento penal sobre la base de denuncias o querrelas temerarias y/o en base de hechos que manifiestamente no sean constitutivos de infracción penal "*.

(ii). Trasladando la jurisprudencia expuesta al caso examinado, nada impide al Juez Instructor sobreseer la denuncia por considerar que los hechos denunciados no son subsumibles en ningún precepto penal, sin que se vea obligado a realizar diligencias probatorias, por lo que el motivo, en los términos en los que es alegado, debe ser desestimado, sin perjuicio de examinar en el Fundamento Jurídico siguiente, si concurren motivos para continuar con la instrucción de la causa porque pudieran ser los hechos denunciados constitutivos de infracción penal.

TERCERO. Motivo del recurso de apelación: vulneración del art. 24 de la CE y del art. 248.2 de la LOPJ por falta de motivación del auto por lo que se decreta el archivo de las actuaciones y el que resuelve el recurso de reforma respecto de los delitos contra la ordenación del territorio y contra el patrimonio histórico.

La parte recurrente, sin instar la nulidad de la resolución, alega una total falta de motivación en los razonamientos jurídicos y en las apreciaciones de hecho por las que se considera que debe decretarse el archivo de la causa respecto a los delitos contra la ordenación del territorio y contra el patrimonio histórico inicialmente denunciados.

(i). La STC, de 12 de diciembre de 2005 , expresa que *" la exigencia de una motivación suficiente es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y expresión de la autoridad que debe presidir la labor de los órganos judiciales en el ejercicio de su función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, consistente en una exteriorización del razonamiento que conduce desde los hechos probados y las correspondientes consideraciones jurídicas al fallo, en los términos adecuados a la naturaleza y circunstancias concurrentes. La existencia de una motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad. Sin embargo dicha exigencia constitucional no impone una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, sino que es suficiente que las resoluciones judiciales vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi "*. Igualmente, el Tribunal Constitucional estima suficiente una fundamentación escueta, e incluso por referencia a informes, como el del Ministerio Fiscal, pero en todo caso es necesaria una motivación, que se reconozca como aplicación del sistema jurídico a las cuestiones planteadas por las partes.



(ii). En el supuesto enjuiciado, es cierto que el Juez instructor, en el auto que inadmite la denuncia, de 2 de junio de 2017, únicamente argumenta tal inadmisión en cuanto al delito de prevaricación, sin que realice ninguna mención a los otros dos delitos denunciados, contra la ordenación del territorio y contra el patrimonio histórico. Esta ausencia en la motivación es puesta de manifiesto en el recurso interpuesto contra el referido auto y, si bien el auto que resuelve dicho recurso de 6 de septiembre, tampoco entra al análisis de las alegaciones vertidas respecto a tales delitos, se remite al informe del Ministerio Fiscal de 19 de julio en el que, tras una fundada argumentación, descarta la concurrencia de ambos delitos.

En consecuencia, si bien hubiera sido más que deseable que el Juez instructor se hubiera pronunciado expresamente respecto a los motivos que le llevan a la inadmisión de la denuncia en relación con estos dos delitos, la falta total de motivación de la primera resolución en este punto queda subsanada con la remisión que realiza al informe motivado del Ministerio Fiscal al resolver el recurso de reforma, no apreciándose con ello vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

CUARTO. Motivo de apelación: existencia de indicios de que los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de los delitos de prevaricación del art. 404 del CP, contra la ordenación del territorio, contra el patrimonio histórico, de ocupación ilegal de espacio de dominio público y desobediencia.

Previamente a analizar si existen indicios de la concurrencia de alguno de estos delitos, debemos hacer referencia a la documentación aportada, de la que resulta que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha dictó sentencia el 1 de febrero de 2016, en el recurso de apelación nº 321/2014, por la que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 27 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Guadalajara, manteniendo la nulidad de las licencias de obras y de instalación de actividad del bar-restaurante ubicado en la Plaza de la Hora de **Pastrana**, incluida con el nº 23 del catálogo de Bienes Protegidos del Plan de Ordenación Municipal con Protección Ambiental Específica (Grado 3º), pero revocando la condena a demoler la obra y la nulidad de la adjudicación de la concesión administrativa de la ocupación de vía pública con un quiosco con terraza en favor de D. Matías, cuya validez se mantiene.

Las referidas nulidades (de obra y de actividad) se establecen por haber pasado de un quiosco móvil o desmontable a una instalación fija y definitiva; de un quiosco a un bar-restaurante, y de un tamaño en planta de 42,68 m² a 50,50 m², y con la terraza a 81,80 m².

(i). Por lo que se refiere al delito de prevaricación del art. 404, siguiendo la misma línea que la resolución recurrida, debe recordarse que, a la hora de diferenciar el ilícito administrativo, susceptible de corrección en el ámbito administrativo, del ilícito constitutivo de delito, la STS de 2 de abril de 2003 exige que la resolución no solo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, por lo que la ilegalidad debe ser patente y evidente, y el funcionario actuar con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico.

La parte recurrente imputa su comisión al Alcalde pues, a pesar de ser firme la sentencia dictada por el TSJCLM, de 1 de febrero de 2016, y haberse dictado Diligencia de ordenación de 1 de abril de 2016, en la que se instaba a la administración demandada (Ayuntamiento de **Pastrana**) a cumplir la sentencia, no ha ordenado el cese inmediato de la actividad del bar-restaurante sito en la Plaza de la Hora y la clausura del local, permitiendo que siga ejerciendo la actividad sin licencias válidas, y habiendo dictado decreto, el 28 de julio de 2016, para incoar expediente de legalización de las actuaciones llevadas a cabo en la referida Plaza.

El Juez instructor considera que no concurre los elementos de dicho delito pues "*claramente se trata de una cuestión administrativa que debe ser objeto de planteamiento y resolución en la vía administrativa o ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y no en la penal, para que con los trámites y principios del ordenamiento administrativo y contencioso-administrativo se resuelvan las discrepancias que la parte denunciante entiende concurren respecto de la ejecución de la sentencia dictada en relación con el quiosco bar-restaurante de la Plaza de la Hora de **Pastrana** (Guadalajara)*".

La Sala comparte la tesis del Juez "a quo" de que no consta acreditado, siquiera indiciariamente, que se den, en este momento, en la conducta del denunciado los requisitos necesarios para conformar el delito de prevaricación, toda vez que según consta en las actuaciones, el Tribunal al que le corresponde la ejecución de la referida sentencia, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, no requiere el cierre o clausura del local, sino "*que lleve a efecto lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo*", habiendo iniciado el Ayuntamiento, para hacer efectivo dicho cumplimiento, un expediente de legalización de las obras.

A este respecto debemos recordar que la nulidad de la licencia de obra y de actividad respecto al referido quiosco se debió a que la instalación es fija y no móvil, y a que hay un incremento de altura y de metros en relación a los fijados en la adjudicación del referido espacio público a D. Matías. Dados los motivos indicados para considerarlas contrarias a derecho y sin efectos, y manteniendo la validez de la adjudicación de



la concesión administrativa de la ocupación de vía pública con un quiosco con terraza a favor del Sr. Matías , es principio y no constando lo contrario, es posible la legalización de dichas obras y, en consecuencia, de la actividad desarrollada en el quiosco, lo que se está tramitando, tras la firmeza de la sentencia, conforme indica el Ayuntamiento, en su escrito de 8 de septiembre de 2016, aportado por la parte denunciante, sin que ello se ponga en duda. Expresamente el Ayuntamiento indica en dicho escrito que, por Decreto de la Alcaldía nº 96/2016, de 28 de julio de 2016, " *se ha incoado expediente de legalización de las actuaciones llevadas a cabo en la Plaza de la Hora S/N de Pastrana, de instalación de un quiosco para el ejercicio de la actividad de cafetería terraza por D. Matías* ". Habrá, pues, que esperar al desarrollo de ese procedimiento y al cumplimiento o no de los requisitos contenidos en la resolución de la adjudicación del espacio público, así como en la normativa urbanística, sin que conste, ni se alegue en la denuncia, que dicho expediente no se esté tramitando o se haya infringido alguna norma en su tramitación.

Sobre estos parámetros, hemos de concluir con el Instructor que procede la inadmisión de la denuncia y el sobreseimiento de la causa por este delito, pues no hay elementos objetivos para poder determinar que el Alcalde del Ayuntamiento de Pastrana y demás integrantes en el mismo hayan cometido algún ilícito penal al iniciar la legalización de la obra, y en consecuencia de la actividad desarrollada en dicho quiosco con terraza. El hecho de que no se haya suspendido la actividad mientras se tramita el expediente de legalización no puede constituir infracción de algún precepto del Código Penal, pudiendo ser, en su caso, una infracción administrativa. No hay desviación de poder en ello con relevancia penal que pueda ser calificada como prevaricadora por omisión.

En consecuencia, la decisión adoptada por el Juez Instructor al respecto debe mantenerse, debiendo acudir los denunciados, en su caso, a la jurisdicción contenciosa administrativa para instar, en su caso, el cese de la actividad.

(ii). Respecto a la comisión de un delito contra la ordenación del territorio, la parte denunciante se limita a decir que el Ayuntamiento de Pastrana lo estaría cometiendo porque no está desarrollando sus funciones públicas de vigilancia, control y disciplina urbanística en la villa de Pastrana, declarada conjunto histórico artístico, al seguir permitiendo que permanezca la instalación del quiosco en la Plaza de la Hora cuya licencia de obra ha sido declarada nula.

En relación con el delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en el art. 319 del Código Penal , la Jurisprudencia del Tribunal Supremo exige, en primer lugar, la concurrencia de un presupuesto objetivo, consistente en el carácter de no autorizable de la edificación, lo que debe diferenciarse de "obra no autorizada", entendiéndose como no autorizable no sólo la que no está permitida, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitida. Así pues, el tipo penal debe reservarse, dado el carácter fragmentario del Derecho Penal y el principio de intervención mínima que lo informa, para aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidades tan graves y escandalosas, que ni siquiera quepa la posibilidad de una posterior subsanación, autorización o convalidación.

En el presente supuesto, como se ha indicado en el punto anterior, consta que por Decreto de la Alcaldía nº 96/2016, de 28 de julio de 2016, " *se ha incoado expediente de legalización de las actuaciones llevadas a cabo en la Plaza de la Hora S/N de Pastrana, de instalación de un quiosco para el ejercicio de la actividad de cafetería terraza por D. Matías* ", por lo que, si bien la obra no está autorizada, pues se ejecutó con una licencia que ha sido declarada nula, se está tramitando su legalización, por lo que, en este momento no concurre el elemento objetivo del referido delito. Es decir, para que exista indicios de la comisión de dicho delito será preciso que se declare previamente que la obra no es susceptible de legalización, pues no cabe castigar en vía penal por el mero hecho de no tener licencia administrativa para la ejecución de unas obras que son legalizables.

(iii). Igual pronunciamiento debe realizarse en relación con la denuncia por la comisión de un presunto delito contra el Patrimonio Histórico - arts. 321 - 324 del CP -, pues, debe recordarse, existe una adjudicación de la concesión de ocupación de la vía pública correspondiente a la Plaza la Hora con un quiosco con terraza a favor de D. Matías , cuya validez se mantiene, en base a la cual se realizó la obra declarada ilegal por ser nula la licencia de obra concedida para ello. En consecuencia, la ocupación de la Plaza con la instalación de un quiosco, en principio, no constituiría una conducta delictiva.

Ahora bien, es cierto que, conforme se establece en las sentencias dictadas en la jurisdicción contenciosa, la obra realmente ejecutada en la Plaza de la Hora, considerada un Bien de Interés Estatal, en una población declarada Conjunto Histórico Artístico, no se adapta a los términos de la referida concesión e incurre en varias infracciones urbanísticas, pero al estar tramitándose un expediente de legalización de la misma y no constar que no sea legalizable, no podemos considerar que, en este momento, concurra la infracción penal que se denuncia.



(iv). En cuanto al delito de ocupación ilegítima del dominio público, se denuncia que el Ayuntamiento de **Pastrana** estaría permitiendo, promocionando y patrocinando la ocupación ilegítima de un espacio de dominio público tras haberse declarado la nulidad de la construcción y de la actividad. Como ya se ha indicado reiteradamente en esta resolución, la concesión de ocupación de la vía pública correspondiente a la Plaza la Hora con un quiosco con terraza a favor de D. Matías es válida, por lo que ninguna ocupación ilegal se está realizando. Lo que sí habría es un exceso en dicha ocupación, pues se ha pasado a ocupar una superficie de 50,50 m², y con la terraza 81,80 m², en lugar de 42,68 m², sin que ello, pueda ser considerado, en este momento un delito de usurpación, pues se está tramitando su legalización.

(v) Finalmente, debemos decir que tampoco concurren indicios de la comisión del delito de desobediencia del art. 410 del C.P , que también se denuncia.

En este sentido, recuerda la sentencia del Tribunal Supremo nº 54/2008, de 8 de abril , que concurre cuando hay " una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (STS 263/2001, 24 de febrero), si bien aclarando que ese vocablo ha de interpretarse, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer (STS 485/2002, 14 de junio). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde» (STS 1203/1997, 11 de octubre) .

En el presente caso, del examen de las actuaciones se evidencia que no ha existido una negativa abierta por parte del Alcalde de **Pastrana** a dar cumplimiento a la resolución dictada por el TSJCM, Sala de lo Contencioso-Administrativo, el 1 de febrero de 2016 , toda vez que la sentencia declara nulas las licencias de obras y de actividad del quiosco-restaurante sito en la Plaza la Hora, habiéndose acordado por el Juzgado, mediante Diligencia de Ordenación de 30 de marzo de 2016, instar a la administración condenada para " que lleve a puro y debido efecto (la sentencia) y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo ", constando que en ejecución de dicha resolución se dictó el Decreto de la Alcaldía nº 96/2016, de 28 de julio de 2016, por el que se incoa expediente de legalización de las actuaciones llevadas a cabo en la Plaza de la Hora S/N de **Pastrana**, de instalación de un kiosco para el ejercicio de la actividad de cafetería terraza por D. Matías . En consecuencia, no declarando las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa que la referida obra sea ilegalizable, el Ayuntamiento pretende subsanar los defectos que motivaron que la Sala de lo Contencioso Administrativo anulara las licencias de obra y actividad y, de conseguirlo, daría cumplimiento a la referida sentencia.

En conclusión, no costa en autos, ni siquiera indiciariamente actuación o actitud dolosa, pasividad reiterada o presentación de dificultades que denoten una actitud rebelde del Alcalde según requiere el tipo penal, habida cuenta de que, con independencia de no haber procedido el Ayuntamiento de **Pastrana** al cumplimiento voluntario de la sentencia dictada en el orden jurisdiccional contencioso administrativo, no se puede preterir el dato de que la administración pública concernida, una vez formada pieza separada de ejecución judicial, procede a iniciar el expediente de legalización de la obra para dar cumplimiento a la resolución judicial.

Por todo lo expuesto procede desestimar el presente motivo del recurso.

QUINTO. Motivo de apelación: no se ha procedido a investigar de oficio los delitos de usurpación de funciones cometido presuntamente por parte el **arquitecto** honorífico que informó los expedientes, y contra la ordenación del patrimonio por no realizar el Ayuntamiento inspecciones al bar-restaurante por desarrollar una actividad clandestina.

Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, ambos delitos no fueron objeto de denuncia, por lo que el auto de inadmisión en modo alguno pudo pronunciarse al respecto, no siendo en vía de recurso donde proceda realizar tales pronunciamientos.

(i). No obstante, en relación a que el Ayuntamiento no está desempeñando sus obligaciones inspectoras y sancionadoras en relación con la actividad clandestina desarrollada en la referida instalación, lo que constituiría un delito del art. 320.1 del CP , no se ha logrado alcanzar material indiciario que pueda sostener dicha imputación.

(ii). Y en cuanto a la usurpación de funciones por parte del **arquitecto** honorífico que informó los expedientes, no se discute que la Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de



Castilla La Mancha, de 1 de febrero de 2016 , señala que " *La figura del **arquitecto** honorario no existe en nuestro ordenamiento y supone una clarísima -y grave - trasgresión de la reserva de legal del desarrollo de funciones públicas, como es las de informar previamente las licencias (no sólo las urbanísticas, también las de actividad, funcionamiento o «ambientales») a cargo necesariamente no ya de empleados públicos, sino de funcionarios, art. 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público , a la sazón vigente*".

Pero esta doctrina sobre la trasgresión de la legalidad por la intervención de **arquitecto** honorífico ya había sido recogida en la jurisprudencia anterior, y no puede llevar a considerar actuaciones sancionables penalmente las ahora cuestionadas pues se trata de una resolución dictada en la Jurisdicción contencioso-administrativo y, como se dice en la Sentencia nº 449/2003 de fecha 24/05/2003 , con la Jurisdicción penal no se trata de sustituir, desde luego, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor revisora y de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración Pública en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona, lo que en el presente supuesto no concurre, quedando subsistente la vía de la jurisdicción contenciosa administrativa si los denunciantes desean impugnar el nombramiento producido o sus actuaciones.

Por ello el motivo también debe ser desestimado.

SEXTO. Pese a desestimarse el recurso no se aprecian motivos para imponer, por temeridad o mala fe, las costas de esta instancia.

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda: **Desestimar** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a M^a Teresa López Manrique, en nombre y representación de Macarena , Jorge , Beatriz , Edurne , Narciso , Gema y Romulo contra el auto del Juzgado Instrucción nº 4 de Guadalajara, dictado el día 2 de junio de 2017 que, en consecuencia, se confirma, así como el de 6 de septiembre de 2017 que desestima el recurso de reforma interpuesto contra aquél.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes con instrucción de que contra la misma no cabe recurso y remítase testimonio de esta resolución al Juzgado de procedencia, para su conocimiento y efectos.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados integrantes de la Sección.