

Id. Cendoj: 28079120012015200733
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Tipo de Resolución: Auto

Fecha de resolución: 05/05/2015

Nº Recurso: 20743/2014

Ponente: JOSE RAMON SORIANO SORIANO

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Idioma: Español

Recurso N° 20743/2014

Causa Especial N° 20743/2014

Magistrado Instructor Exento. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.

D. José Ramón Soriano Soriano

En la Villa de Madrid, a cinco de Mayo de dos mil quince.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incoaron en virtud de Exposición Razonada elevada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el marco de las Diligencias Previas 2/2013 incoadas en virtud de los hechos contenidos en el auto de exposición razonada emitido por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Murcia en el seno de las diligencias previas 329/09 seguidas por los delitos de prevaricación, contra la ordenación del territorio, tráfico de influencias y falsedad en documento público de los arts. 320, 390, 4014 y 428 del Código Penal, al existir indicios racionales de criminalidad contra Doña Tamara, Alcaldesa de Cartagena y Diputada en las Cortes Generales en la presente X Legislatura, como así consta acreditado en autos.

SEGUNDO.- Tras oír al Ministerio Fiscal, se dicta por la Sala de Admisión auto en fecha 20 de enero de 2015, acordando admitir su competencia para el conocimiento de la presente causa, únicamente contra la persona aforada, con designación de Magistrado Instructor conforme al turno establecido.

TERCERO.- Por providencia del Instructor de fecha 20 de febrero pasado se cita a la imputada aforada a fin de oírle sobre los hechos objeto de la imputación para el siguiente 5/3/2015, teniendo lugar dicha comparecencia y declaración en dicha fecha, conforme consta en el acta levantada al efecto.

CUARTO.- Con fecha 13 de marzo pasado, la Procuradora Sra. Guevara Romero, en la representación que ostenta de Doña Tamara, presentó escrito en el Registro General de este Tribunal Supremo interesando el sobreseimiento libre de las actuaciones al

amparo del art. 637.2 de la LECrm. por no ser los hechos investigados constitutivos de delito, acordándose por providencia de 13 de marzo el traslado al Ministerio Fiscal, con remisión de los planos aportados por la defensa que habían sido solicitados por dicho Ministerio, a fin de instar lo que a su derecho convenga.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 7 de abril de 2015 interesando el sobreseimiento provisional de la causa conforme al art. 641.1º de la LECrm.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por auto de 20/1/15 de la Sala de Admisión de causas especiales, se acordó la apertura de procedimiento contra Doña Tamara, Alcaldesa de Cartagena, respecto a su participación en los hechos contenidos en el apartado 12 de la Exposición razonada elevada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. En ella afirma el Magistrado Instructor designado por el citado Tribunal Superior "...que la modificación Modificación Puntual nº 113 del PGOU de Cartagena se inicia de oficio en el Ayuntamiento de Cartagena con el único fin de favorecer a la empresa inmobiliaria Hansa Urbana SA, propietaria desde el 19 de julio de 2002 de una finca rústica en la zona de Miramar y en la que pretende construir una urbanización en unos terrenos que no pueden ser urbanizables por estar situados en la zona protegida de "Espacios Abiertos e Islas del Mar Menor" constituyendo la modificación una decisión arbitraria, al no poder generarse en esta zona aprovechamiento urbanístico alguno...".

SEGUNDO.- Por este Instructor designado por la Sala se practicaron las diligencias necesarias en averiguación de los hechos presuntamente delictivos atribuidos a la Alcaldesa.

Dichas pruebas estuvieron constituidas por la declaración de Doña Tamara, el pasado 5 de marzo, asimismo se aportó numerosa documental, así como los planos correspondientes con la transparencia interesada por el Ministerio Fiscal a efectos de apreciar el cambio producido entre el inicio de la MP 113 y hoy día, una vez aprobada la revisión del PGM en 2012 plano nº1: Es el plano O.3 del documento de la Modificación Puntual del Plan General nº 113 en San Ginés de la Jara, Plano de Estructura Territorial y Clasificación del Suelo. En este plano se grafía la zona afectada por el PORN de los Espacios Abiertos e Islas del Mar Menor y Cabezo Gordo. En él se aprecia -CUADRICULADA- la zona de terrenos de cultivo intensivo que permite como uso compatible el campo de golf. Plano nº 2: Es el plano O.1 del documento del Plan Parcial de San Ginés de la Jara, Plano de Estructura General. En este plano se ha dibujado (en verde grueso) la línea límite del Espacio Natural Protegido de los Espacios abiertos e Islas del Mar Menor. Dentro de este espacio se ubica el Sistema General de Espacios Libres de Protección Natural y una parcela de Equipamiento Deportivo uso de Campo de Golf. Los terrenos destinados a campo de golf aparecen en verde claro como zona con uso compatible a Campo de Golf y el resto de la zona en verde oscuro. Plano nº 3: Es el plano de la Revisión del Plan General Municipal de Ordenación vigente (Texto refundido 2012) de Clasificación de Suelo y Estructura Territorial. En este plano se grafía la clasificación del ámbito del Espacio Natural Protegido de los Espacios Abiertos e Islas del Mar Menor como Suelo No Urbanizable de Protección Específica (SNUE Ambiental), calificado como Sistema General de Espacios Libres de Protección Natural (SGEL). Los terrenos destinados a campo de golf aparecen en azul celeste. Plano en transparencia: Este plano -interesado especialmente por la Fiscalía-superpuesto al plano núm. 1 permite ver claramente toda la zona. Esta zona, según el PORN de 2003, era susceptible el 1 de julio de 2003 de la transformación interesada en el Proyecto Novo Cartago (que ocupaba solo la parte cuadrículada de ella) y, en consecuencia, el Ayuntamiento procedió a tramitarlo según Ley. Es posteriormente, durante la tramitación de la Modificación y con motivo de la Revisión del PGM en ese momento ya en tramitación, cuando la Comunidad Autónoma (cuyo Órgano correspondiente es el competente para su aprobación) notifica al Ayuntamiento de Cartagena el cambio de criterio de su órgano ambiental respecto de su anterior DIA

y la Red Natura, que lógicamente el Ayuntamiento acata, procediendo en consecuencia.

En este sentido hay que decir que con estos materiales instructorios debe declararse completada y agotada la instrucción y prueba de ello es que puesto este material a disposición del Ministerio Fiscal y la defensa, ninguno interesó la práctica de nuevas diligencias, efectuando las alegaciones que tuvieron por conveniente en cuanto al fondo del asunto. Estimando el Ministerio Fiscal en escrito presentado el 7 de abril, el sobreseimiento provisional de la causa conforme al art. 641.1º LEcrm y la defensa en escrito de 12 de marzo, el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones.

TERCERO.- Los hechos objeto de investigación se referían al posible incumplimiento de las normas urbanísticas tanto al iniciar la modificación parcial del Plan General de Urbanismo de Cartagena nº 113 como su tramitación y ello podía ser constitutivo de un delito de prevaricación del art. 404 CP.- Tras la práctica de las diligencias de instrucción se descarta todo vestigio de indicio del delito imputado, ya que toda la tramitación de MP113 se ha llevado a cabo conforme a las normas establecidas por las disposiciones vigentes en cada fase de tramitación. Así consta que: Hansa Urbana presenta el 1 de julio de 2003 un proyecto de modificación del Plan General en la zona de San Ginés de la Jara para crear un complejo turístico con dos campos de golf, dos hoteles y 5000 viviendas. La propuesta es valorada en un informe técnico de Urbanismo, en el que se explica que, al modificar elementos estructurales del planeamiento, la propuesta sólo puede realizarse de oficio por la administración. El informe se plantea en la comisión informativa de Urbanismo del 31 de julio de 2003, previa al pleno ordinario. El dictamen de la comisión de Urbanismo propone iniciar de oficio la tramitación del expediente de Modificación nº 113, según lo previsto en la Ley del Suelo. Aprobado con los votos de PP y PSOE. El dictamen se incluye en el Orden del Día del Pleno Ordinario, como establece el artículo 46 del Reglamento Orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Cartagena. El Pleno es el Ordinario que se convoca con carácter mensual, como establece el artículo 46. 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. El dictamen de la comisión informativa de

Urbanismo, incluido en el orden del día, se estudia y aprueba en el Pleno Ordinario de 4 de agosto con los votos de PP y PSOE. Lo que se aprueba es, textualmente:

1. Iniciar de oficio la tramitación del expediente de Modificación nº 113
2. Someter el Avance a información pública por el plazo de un mes para la presentación de alternativas y sugerencias.
3. Someter a consulta previa del órgano ambiental competente de la Comunidad Autónoma la Memoria Medioambiental.

El 22 de Enero de 2005 se publica la Declaración de Impacto Ambiental favorable de la Dirección General de Calidad Ambiental. Entre otros aspectos, la declaración incluye la creación de campo de golf sobre zona protegida en la que estaba autorizado el uso de agricultura intensiva, porque así lo permite el PORN (Plan de Ordenación de Recursos Naturales) de la zona aprobado por la consejería de Medio Ambiente. Finalmente, el 22 de abril de 2005 se aprueba la modificación nº 113 por resolución del consejero de Obras Públicas, Viviendas y Transporte. Una vez aprobada la Modificación del Plan General, la tramitación regresa al Ayuntamiento. Se pone en marcha el Plan Parcial, que es el instrumento urbanístico para ordenar las actuaciones dentro de la zona. El plan se aprueba el 23 de marzo de 2006. El Plan Parcial es recurrido por la Asociación de Ecologistas del Sureste (ANSE) y su recurso es desestimado por sentencia del TSJ.

Paralelamente, se avanza en los trabajos para la redacción de un nuevo Plan General de Ordenación Urbana. Para ello se realizaron nuevamente o convalidaron los informes preceptivos en esa área. En 2010, la Comisión Técnica de la Dirección General de Medio Natural encargada de la revisión establece que se mantenga la figura inicial de protección. Los técnicos municipales vuelven a recoger esa figura y el uso de agrícola en el nuevo Plan General que, una vez concluido, se aprueba en 2011. (obran en las actuaciones -F 3546 a 3576 del tomo 8- informe pericial de Don Jose Daniel.

La otra cuestión a investigar era la posibilidad de acceder a la pretensión de la empresa Hansa de modificar la calificación urbanística del espacio natural "El Saladar de lo Poyo", zona clasificada como suelo no urbanizable y con especial protección por estar incluido dentro de los denominados "espacios Abiertos e Islas del Mar Menor" y, en concreto, en la zona denominada "Regadios de Miramar".

Conforme a la legislación vigente, art. 7.4 de la Ley 4/1989, era necesario que la Administración Municipal solicitara a la Autonómica (En concreto al órgano competente en Medio Ambiente) la preceptiva autorización para poder acceder a destinar dicho suelo a usos deportivos como interesaba la empresa constructora. Consta también (F. 3578 a 3621 del tomo 8) dictamen pericial de Don Alejandro sobre la legalidad del Expediente de Modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Cartagena nº 113 (expediente PL PG) NUM000 en fase de trámite en sede municipal.

CUARTO.- El delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, según el cual la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

Como decíamos en la STS 18/2014, de 23 de enero, con cita de otras muchas, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas. El delito de prevaricación, por otro lado, no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso- administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos-límite, en los que la posición de superioridad que

proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona.

Asimismo, una Jurisprudencia reiterada de esta Sala -SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, con citación de otras- ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

- en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;

- en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;

- en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;

- en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto;

- y, en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho (ver en igual sentido sentencia de 24/2/15, causa especial 20222/2012).

QUINTO.- Conforme a la anterior doctrina de lo actuado no puede imputarse a Tamara un delito de prevaricación, conforme queda expresado en el razonamiento tercero de este auto y además como dictamina también el Ministerio Fiscal en su escrito de 7 de abril pasado "... ello porque como se comprueba por las certificaciones

de la Sra. Secretaria del Ayuntamiento de Cartagena durante la tramitación de la Modificación nº 113, el Ayuntamiento ha requerido los oportunos informes a la Consejería con atribuciones en el Medio Ambiente respecto al espacio "El Saladar de lo Poyo". Hemos de recordar que dicho espacio no solo está protegido por las disposiciones Autonómicas sino que también está integrado en la Red Natura 2000, debiendo respetarse las normas comunitarias de esta materia. En suma en el desarrollo de la Modificación nº 113 no ha existido prácticamente oposición a la tramitación del proyecto por los integrantes de la Corporación municipal, ya que el inicio del expediente se aprobó con el apoyo de 23 concejales de los 25 que integran la Corporación Municipal (únicamente se ha opuesto un Concejales y el, otro se ha abstenido). Por parte de los técnicos de la Administración Local no se han expresado advertencias de ilegalidad y la Modificación nº 113 se ha ajustado a las directrices de los órganos autonómicos competentes en la materia de Medio Ambiente, quienes finalmente acordaron que no se podían destinar a zonas deportivas los espacios integrados en la Red Natura como pretendía la empresa constructora. Todo ello sugiere que no pudo cometerse una flagrante infracción administrativa...".

Discrepan la defensa y el Ministerio Fiscal en el tipo de sobreseimiento, interesando la primera el libre y el segundo el provisional por las razones que expone en su dictamen. Tiene razón la defensa en tanto que la naturaleza de dicho sobreseimiento (art. 637. 2º LECrm.) no es óbice para que la imputada en lo sucesivo pueda resultar en el plano hipotético, responsable de cualquier otro delito derivado de la investigación seguida por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de donde esta causa se desgajó. Incluso teóricamente podría incurrir en un delito de prevaricación, cualquiera que sea el grado de participación, pero siempre referido a otros hechos, esto es, a otras resoluciones indiciariamente prevaricadoras.

La presente causa debe ajustarse a los hechos que se le han atribuido a la imputada, en concreto, las resoluciones dictadas por el Ayuntamiento de Cartagena en relación a la modificación parcial del Plan General de Urbanismo de Cartagena nº 113, así como las incidencias de su tramitación, en tanto se hayan concretado en alguna decisión o resolución.

En definitiva, por lo expuesto, una vez practicadas sin demora las diligencias pertinentes, consideró que los hechos aquí investigados carecen de tipicidad penal, por lo que procede el sobreseimiento libre y archivo.

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: 1º) EI SOBRESEIMIENTO LIBRE por no ser los hechos constitutivos de infracción penal. Y, 2º) EI ARCHIVO de las actuaciones.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor, de lo que como Secretario, certifico.