

En la ciudad de Valencia, a veinticuatro de octubre de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, integrada por los magistrados anotados al margen, ha visto en juicio oral y público la causa número 21/2011 dimanante del Procedimiento Abreviado 194/2010 del Juzgado de Instrucción Número Uno de los de Valencia, instruida con el número de Diligencias Previas 1598/2010 y seguida por delito contra la ordenación del territorio en su modalidad de prevaricación urbanística contra:

1) D. Jorge, con Documento Nacional de Identidad número ..., hijo de José y de Inés, nacido en Alfara del Patriarca, el día 1 de marzo de 1965, y vecino de Valencia, con domicilio en la calle Avenida de Aragón, 35, que desempeñaba el cargo de Concejal delegado del Área de Urbanismo del Ayuntamiento de Valencia en la fecha de los hechos y ostenta en la actualidad el de diputado en las Cortes Valencianas desde el día 7 de junio de 2011.

2) D. Pedro, con Documento Nacional de Identidad número ..., hijo de Ramón y de María Francisca, nacido en Valencia, el día 21 de junio de 1949, y vecino de la misma ciudad, con domicilio en la Plaza del Ayuntamiento, 1, que desempeñaba el cargo de Secretario Adjunto del Área de Urbanismo del Ayuntamiento de Valencia en la fecha de los hechos.

3) D. Juan, con Documento Nacional de Identidad número ..., hijo de Juan y de Encarnación, nacido en Valencia, el día 10 de mayo de 1948, y vecino de la misma ciudad, con domicilio en la calle E., núm. ...7, que desempeñaba el cargo de Jefe de Servicio de Circulación y Transportes del Ayuntamiento de Valencia en la fecha de los hechos.

4) D^a María José, con Documento Nacional de Identidad número ..., hija de Antonio y de Josefina, nacida en Valencia, el día 28 de junio de 1956, y vecina de la misma ciudad, con domicilio en la calle J., núm. ..., que desempeñaba el cargo de aparejador del Servicio de Planeamiento del Ayuntamiento de Valencia en la fecha de los hechos.

5) D. Juan Antonio, con Documento Nacional de Identidad número ..., hijo de Juan Antonio y de María Dolores, nacido en Castellón, el día 3 de abril de 1943, y vecino de Valencia, con domicilio en la calle A., núm. ..., que desempeñaba el cargo de Jefe de Servicio de Planeamiento del Ayuntamiento de Valencia en la fecha de los hechos; todos ellos sin antecedentes penales.

Han sido partes en el proceso:

a) El Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Vicente Manuel Torres Cervera.

b) Los acusados D. Juan Antonio, representado por el procurador D. Francisco José Pérez Bautista y defendido por la abogada D^a Ángela Coquillat Vicente; D. Pedro, D. Juan y D^a. María José, representados por el procurador D. Juan Salavert Escalera y defendidos por el abogado D. José Vicente Sánchez-Tarazaga Marcelino; y D. Jorge, representado por el procurador D. Rafael Francisco Alario Mont y defendido por la abogada D^a Luisa Gurillo Gago.

c) Como responsable civil el Excmo. Ayuntamiento de Valencia, representado por el procurador D. Juan Salavert Escalera y defendido por el abogado D. José Vicente Sánchez-Tarazaga Marcelino.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don José Flors Maties.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones tienen su origen en las Diligencias Previa número 1598/2010 del Juzgado de Instrucción número Uno de los de Valencia, seguidas inicialmente por supuestos delitos de prevaricación y contra el patrimonio histórico, que fueron incoadas en virtud de denuncia del Ministerio Fiscal en averiguación de los hechos relativos a la construcción de un aparcamiento público subterráneo colindante con los Jardines de Monforte de esta ciudad (bien declarado de interés cultural) que había sido aprobada en su día por el Excmo. Ayuntamiento de Valencia.

La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, por auto número 416/2010, de fecha 16 de julio de 2010, dictado en el rollo de apelación 396/2010, acordó el sobreseimiento libre de la causa respecto de los hechos relativos al supuesto delito sobre el patrimonio histórico que el Ministerio Fiscal incardinaba en el artículo 324 del Código Penal. El procedimiento continuó por los demás hechos, prosiguiendo luego su tramitación como Procedimiento Abreviado número 194/2010.

SEGUNDO.- El Juzgado de Instrucción número Uno de los de Valencia, por auto de 27 de enero de 2011 dictado en dicho Procedimiento Abreviado 194/2010, tuvo por formulada acusación y acordó la apertura de juicio oral contra D. Jorge, D. Juan, D. Pedro, D^a. María José y D. Juan Antonio por supuestos delitos contra la ordenación del territorio, en su modalidad de prevaricación urbanística, previstos y penados en los artículos 320.2 y 320.1 del Código Penal o, alternativamente, de prevaricación administrativa del artículo 404 del mismo código, de los que les acusaba el Ministerio Fiscal. En esa misma resolución se señalaba como órgano competente para el enjuiciamiento de los hechos el Juzgado de lo Penal de los de Valencia al que por turno correspondiese y se mandaba emplazar a los acusados, así como al Excmo. Ayuntamiento de Valencia, para que presentaran el oportuno escrito de defensa frente a la petición deducida contra los mismos por el Ministerio público, estando referida la petición formulada respecto del citado Ayuntamiento a la declaración de nulidad de la Resolución U-4663, de 24 de junio de 2004, por la que se aprobó el Proyecto de ejecución de aparcamiento subterráneo de la C/ P. de Valencia, otorgada por D. Jorge en su condición de Concejal Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Valencia.

TERCERO.- Cumplidos los trámites derivados de la apertura del juicio oral y presentados los correspondientes escritos de defensa, las actuaciones fueron turnadas al Juzgado de lo Penal número Cuatro de los de Valencia, donde quedaron en suspenso hasta la decisión de los recursos pendientes que se habían interpuesto por los acusados contra el auto de 17 de diciembre de 2010 por el que el Juzgado de Instrucción número Uno de Valencia había dispuesto la conclusión de las diligencias previas y la continuación del procedimiento por los trámites de preparación del juicio oral, cuyos recursos se resolvieron por auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 1 de abril de 2011.

CUARTO.- En 8 de junio de 2011 el Ministerio Fiscal puso en conocimiento del Juzgado de lo Penal número Cuatro, ante el que pendía la causa, que el acusado D. Jorge había sido proclamado diputado electo de las Cortes Valencianas y solicitó que se elevara la correspondiente exposición razonada a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana a fin de que dispusiera lo procedente en orden a la determinación de la competencia objetiva para el conocimiento de los hechos objeto del juicio, en atención a que D. Jorge había adquirido, con su proclamación como diputado, la condición de aforado ante dicha Sala.

La Sra. Magistrado-Juez de lo Penal número Cuatro de Valencia elevó dicha exposición razonada a este tribunal el día 1 de julio de 2011.

QUINTO.- Después de mandar emplazar a todas las partes y de conferirles audiencia acerca de la cuestión relativa a la determinación de la competencia objetiva para el enjuiciamiento de los hechos, esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por auto de 7 de septiembre de 2011 acordó declararse competente y recabó del Juzgado de lo Penal la remisión de las actuaciones.

Una vez recibidas, se procedió a la constitución de la sala de enjuiciamiento y al turnado de la ponencia conforme a las normas de reparto. Luego, por auto de 22 de septiembre se resolvió sobre la admisión de las pruebas propuestas por las partes y se dispuso que se procediera por el Sr. Secretario judicial a establecer el día y hora en que debieran comenzar y continuar las sesiones del juicio oral, señalándose al efecto como día inicial el 17 de octubre de 2011 a las 10 horas de su mañana.

SEXTO.- En sesiones que tuvieron lugar los días 17, 18, 19 y 20 de los corrientes se celebró ante este Tribunal el juicio oral y público de la presente causa, practicándose en el mismo las pruebas de declaración de los acusados, testifical y documental propuestas por las partes, cuyo resultado quedó registrado en el soporte audiovisual que se reseña en el acta extendida por el Sr. Secretario.

SÉPTIMO.- Tras la práctica de la prueba, el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales en los términos siguientes:

A) Con carácter principal calificó los hechos como constitutivos de:

a) Un delito contra la ordenación del territorio en su modalidad de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal, en la redacción de la L.O. 10/1995 por ser más favorable a los acusados, en relación con los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 4/1998 de Patrimonio Cultural Valenciano y los artículos 3.65, 3.72, 3.73 y 3.74 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Valencia de 1988.

b) Un delito contra la ordenación del territorio en su modalidad de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal, en la redacción de la L.O. 10/1995 por ser más favorable a los acusados, en relación con los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 4/1998 de Patrimonio Cultural Valenciano y los artículos 3.65, 3.72, 3.73 y 3.74 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Valencia de 1988.

Acusó del delito a) a Jorge en concepto de autor y a Pedro y Juan en concepto de cooperadores necesarios; y del delito b) a María José y a Juan Antonio, en concepto de coautores. Y solicitó que se les impusieran las penas siguientes: a Jorge, 18 meses de multa, con una cuota diaria de 60 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años, 6 meses y 1 día, y costas; a Pedro, 18 meses de multa, con una cuota diaria de 45 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años, 6 meses y 1 día, y costas; a Juan, 18 meses de multa, con una cuota diaria de 30 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años, 6 meses y 1 día, y costas; a María José 18 meses de multa, con una cuota diaria de 20 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años, 6 meses y 1 día, y costas; y a Juan Antonio, 18 meses de multa, con una cuota diaria de 30 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años, 6 meses y 1 día, y costas.

B) Con carácter alternativo: Calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, en relación con los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 4/1998 de Patrimonio Cultural Valenciano y los artículos 3.65, 3.72, 3.73 y 3.74 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Valencia de 1988. Consideró responsables de dicho delito: en concepto de autor, a Jorge, y en concepto de cooperadores necesarios a los acusados Pedro, Juan, María José y Juan Antonio, solicitando que se les condenara a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años, 6 meses y un día, y costas.

C) Responsabilidad derivada: Petición de nulidad.

Solicitó también que, en cualquier caso y en concepto de responsabilidad civil (sic), se acuerde la nulidad de la Resolución U-4663, de 24 de junio de 2004, por la que se aprobó el Proyecto de ejecución de aparcamiento subterráneo de la C/ P. de Valencia, otorgada por D. Jorge en su condición de Concejal Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Valencia.

OCTAVO.- La defensa del acusado D. Juan Antonio elevó también a definitivas sus conclusiones provisionales, negó que fueran ciertos los hechos relatados en el escrito de acusación, así como que fueran constitutivos de delito, y solicitó la absolución de su patrocinado, con declaración de las costas de oficio.

NOVENO.- La Defensa de los acusados D. Pedro, D. Juan, D^a. María José y del Ayuntamiento de Valencia (en lo que concierne a la petición de nulidad deducida frente al mismo), elevó, asimismo, a definitivas sus conclusiones provisionales, solicitando la libre absolución de sus patrocinados por entender que los hechos objeto del proceso no eran constitutivos de delito alguno, con imposición de costas, pero sin especificar a quién debieran ser impuestas.

DÉCIMO.- La defensa de D. Jorge elevó igualmente a definitivas sus conclusiones provisionales, manifestando su disconformidad con el relato de hechos realizado por el Ministerio Fiscal y solicitando la absolución del mismo, por entender que su conducta no era constitutiva de delito alguno, con declaración de las costas de oficio.

Hechos Probados:

1. El día 12 de julio del año 2002 el Ingeniero Jefe del Servicio de Transportes y Circulación del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, D. Juan, remitió al Concejal Delegado de Circulación y Transportes del referido Ayuntamiento, cargo desempeñado por D. Jorge, un proyecto para la construcción de un aparcamiento subterráneo en la calle P., de Valencia, acompañando el oportuno pliego de condiciones y los criterios de valoración a tener en cuenta en el concurso que se anunciara. El expediente incoado al efecto fue registrado con el número 01801-2002/3613 en la unidad administrativa de la expresada Concejalía, siendo gestor del mismo D. Juan.

Tras recabarse y recibir Informe del Jefe de Servicio de la Sección de Ordenación y Planificación Viaria, en el que se hacía constar que la totalidad de los terrenos necesarios para la construcción del aparcamiento son vía pública, e Informe de la Oficina Económico Financiera, en el que se hacían ciertas observaciones sobre valoración, se elaboró una propuesta de acuerdo, suscrita por el Jefe de la Oficina de Contratación y el Jefe del Servicio de Contratación, con el “conforme” del Secretario General del citado Ayuntamiento, en la que se proponía aprobar el referido proyecto, convocar el oportuno concurso y proceder a la apertura del procedimiento de adjudicación. Una vez emitido dictamen favorable por la Comisión Informativa de Hacienda, el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, en sesión celebrada el día 26 de julio de 2002, acordó aprobar la propuesta de construcción de un aparcamiento público en el subsuelo de la calle P. de Valencia, con 19 votos a favor y 12 abstenciones. La única observación que se hizo a aquella propuesta por parte de uno de los grupos municipales que luego se abstuvieron de votar, fue la de que debería reservarse el cincuenta por ciento de las plazas de aparcamiento para personas residentes en la zona.

2. Seguido el oportuno procedimiento de contratación ante el correspondiente Servicio del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, el Pleno de dicho Ayuntamiento, a propuesta de la mesa de contratación y conforme al dictamen de la Comisión Informativa de Hacienda, en sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2002 acordó adjudicar el contrato para la construcción del mencionado aparcamiento público subterráneo y su posterior explotación a favor de la unión temporal de empresas constituida por “Servicios y Contratas Prietos, S.A.” y “Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras, S.A.”, por 20 votos a favor, 11 abstenciones y 2 votos en contra. Una vez finalizado el procedimiento correspondiente a la contratación, el Servicio de igual nombre

devolvió el expediente, el 24 de septiembre de 2003, al Servicio de origen (el de Transportes y Circulación) para que prosiguiera su tramitación en lo atinente a todo lo relacionado con el proyecto de ejecución del aparcamiento.

3. Presentado el proyecto técnico de construcción del aparcamiento por la empresa adjudicataria de la obra (que adoptó la denominación "UTE Severo Ochoa"), se acordó en el Expediente recabar informe de los Servicios técnicos municipales de Actividades, de Prevención de incendios, de Bomberos, del Ciclo integral del agua, de Jardinería y paisaje, de Residuos sólidos, de Coordinación de obras y mantenimiento de infraestructuras, de Patrimonio y de Planeamiento, a fin de que, en el ámbito propio de sus respectivas competencias, manifestaran lo que consideraran procedente respecto del proyecto constructivo presentado, con la advertencia de que, de no recibirse informe en el plazo a tal efecto señalado, se entendería favorable a la recepción del proyecto.

El Servicio de Actividades emitió un informe urbanístico, suscrito por la arquitecto técnico municipal, en el que se consideraba la actividad compatible con la zona, y otro informe técnico, suscrito por el ingeniero técnico municipal, en el que se hacían determinadas observaciones técnicas en materia de ventilación, seguridad y ruidos y vibraciones; constando al final el conforme del Jefe de la Sección.

El Servicio de Prevención de Incendios emitió informe, suscrito por el Jefe del Servicio, en el que se indicaba que al no encontrarse el aparcamiento proyectado entre los supuestos de "elevado nivel de riesgo", no le correspondía a dicho servicio la emisión del informe solicitado.

El Servicio de Planeamiento emitió informe suscrito por la arquitecto técnico municipal de la Oficina Técnica de Planeamiento, D^a. María José, en el que se indicaba que "no existe por parte de esta Oficina ningún inconveniente para la ejecución del proyecto". Al pie del escueto informe se hace constar lo siguiente: "Visto, devuélvase al Servicio de origen.- El Jefe del Servicio", tras de lo cual estampó su firma dicho jefe de servicio, D. Juan Antonio. Ambos funcionarios explicaron en el acto del juicio que el contenido del informe emitido obedecía a que el aparcamiento proyectado no afectaba para nada al planeamiento urbanístico en la específica materia que a ellos les concierne.

El Servicio de Coordinación de Obras en Vía Pública y Mantenimiento de Infraestructuras emitió informe suscrito por el ingeniero técnico de obras públicas, con el visto bueno del Jefe de Sección Administrativa de Transportes y Circulación, en el que se hacían determinadas observaciones técnicas sobre el espesor del firme de la calzada y de la losa de hormigón en la acera.

El Servicio del Ciclo Integral del Agua emitió informe suscrito por el Jefe de la Sección de Planificación en el que se hacían determinadas observaciones sobre deficiencias relacionadas con la red de aguas pluviales y la red de aguas residuales.

El Servicio de Jardinería y Paisaje emitió informe suscrito por el técnico municipal y el Jefe de la Sección de Obras de Jardinería, Zona Norte, haciendo constar que se consideraba el proyecto conforme, pero que se apreciaban determinadas deficiencias en materia de arbolado de alineación y de riego.

El Servicio de Transportes y Circulación emitió informe suscrito por el Jefe de la Sección de Transportes, el Jefe de la Sección de Regulación de la Circulación y el Jefe de la Sección de Ordenación y Planificación viaria, en el que se hacían observaciones sobre diversas deficiencias observadas en el proyecto presentado.

4. A la vista de esos informes, la Sección Administrativa del Negociado de Proyectos dispuso dar traslado a la empresa adjudicataria de las deficiencias observadas en ellos para que procediera a su subsanación, presentando el oportuno proyecto conforme a las indicaciones contenidas en dichos informes. El 24 de febrero de 2004 se presentó el proyecto de ejecución subsanado, procediéndose luego a recabar nuevo informe de los Servicios técnicos municipales que habían apreciado aquellas deficiencias, lo que dio lugar a nuevas observaciones de los Servicios de Coordinación de Obras en Vía Pública, del Ciclo Integral del Agua y de Actividades y a su posterior subsanación por la adjudicataria.

El Jefe de la Sección de Transportes, a la vista de lo informado por los Servicios Municipales acerca del proyecto subsanado de ejecución del aparcamiento, emitió informe proponiendo su aprobación, condicionada a que durante la ejecución de las obras se fuera aportando a la Inspección del

Ayuntamiento la justificación del cumplimiento de determinadas exigencias técnicas constructivas que especificaba.

La Sección Administrativa de Circulación formuló propuesta de resolución en el sentido de estimar procedente la aprobación del proyecto de ejecución del aparcamiento, condicionada a que durante la ejecución de las obras se justificaran los extremos señalados en el anterior informe de la Sección de Transportes, y determinó que la competencia para la aprobación del proyecto correspondía al Teniente de Alcalde D. Jorge.

5. D. Jorge, en su condición de Concejal del Área de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Valencia y Quinto Teniente de Alcalde, por delegación de la Junta de Gobierno Local firmó la Resolución U-4663, de fecha 24 de junio de 2004, en la que se disponía lo siguiente: "Vistos los informes de la Sección de Transportes, de la Sección Administrativa de Circulación y con el conforme del servicio, se resuelve: Aprobar el Proyecto de Ejecución del Aparcamiento de la c/ P. presentado por la empresa concesionaria UTE Severo Ochoa, condicionándose a que durante la ejecución de las obras vaya aportando a la Inspección del Ayuntamiento justificación de:

- Ubicación de hidrantes conforme a lo que establezca el S.P.E.I.S.

- Resistencia del forjado 3 con la capa de compresión de 18 cm.

- Ajuste RITI de las BIE'S más desfavorables, en cuanto a pérdidas de presión total.

- Aislamiento de todas las líneas eléctricas con 0'6/1 KV.

- Caídas de tensión de las líneas.

- Cálculos luminotécnicos.

- Conformidad de la compañía suministradora a las salas del grupo electrógeno y del CT.

- Tipología RZI-K(AS) del cable de acometida del grupo electrógeno al cuadro general.

- Protecciones de cuadros eléctricos.

- Elementos que compensen energía reactiva.

- Centrales de incendios y de CO a instalar.

- Materiales elegidos para los conductos de ventilación.

- Pintura de las plazas, de forma que todas tengan 2,3 m. de ancho.

- Inclinação de cubierta.

Todo ello de conformidad con la cláusula 11ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”.

Antes de la firma del citado Teniente de Alcalde aparecen, tras la mención “Per la Unitat Administrativa”, las firmas de la Jefa del Negociado, de la Jefa de Sección y del Jefe del Servicio, así como la del Secretario adjunto del Área de Urbanismo, D. Pedro, precedida esta última de la palabra “conforme”.

6. Las obras se iniciaron en el mes de julio de 2004 y después de varias ampliaciones del plazo inicialmente fijado y algunas modificaciones del proyecto que contaron con los informes favorables de los Servicios de Actividades, Transportes y Servicio Integral del Agua, finalizaron en el año 2007, entrando en funcionamiento en el mes de mayo de dicho año.

7. El aparcamiento aprobado, proyectado y ejecutado, está emplazado y construido íntegramente en el subsuelo de la calle P. de Valencia, sin invadir para nada el subsuelo de los Jardines de Monforte, ni afectar a su muro perimetral de cerramiento.

8. Los Jardines de Monforte fueron declarados bien de interés cultural por Decreto de 30 de mayo de 1941 y la calle P., a la que recae una parte del muro de cerramiento de dichos Jardines, está incluida en el entorno de protección de los mismos por Resolución de la Consellería de Cultura de la Generalidad Valenciana de 6 de marzo de 1992.

9. Durante la tramitación del expediente administrativo relativo a la aprobación del proyecto de construcción del aparcamiento referido no se solicitó ninguna autorización a la Dirección General de Patrimonio de la Consellería de Cultura de la Generalidad Valenciana, ni se informó por ninguna de las personas que intervinieron en dicho expediente acerca de la necesidad o no de solicitar dicha autorización para la aprobación del proyecto o para la ejecución de las obras.

10. En otro expediente administrativo tramitado en el Ayuntamiento de Valencia, relativo a la petición de ampliación de la Clínica Quirón, contigua a los Jardines de Monforte, que está incluida en su entorno de protección y cuya edificación afectaba, además, al planeamiento urbanístico, sí que se solicitó autorización a la Dirección General de Patrimonio en atención a la altura que se pretendía dar al nuevo edificio por la entidad propietaria del mismo que formuló aquella petición y a que las obras de ampliación afectaban directamente al palacete y a los jardines existentes en el interior del recinto de dicha clínica, sujetos también a protección.

También se solicitó dicha autorización a la Dirección General de Patrimonio, en otro expediente tramitando por el mismo Ayuntamiento para la instalación de un ascensor en el interior del Palacete de Monforte.

En otros expedientes administrativos relativos a la aprobación de la construcción de aparcamientos públicos subterráneos en la ciudad de Valencia se ha solicitado autorización a la Dirección General de Patrimonio, bien porque invadían el subsuelo de un edificio protegido (Tabacalera), bien porque

afectaban a todo un conjunto histórico protegido (Plaza de Tetuán-Glorieta-Porta de la Mar), bien porque se encontraban en zona de vigilancia arqueológica (Guillem Sorolla), ninguna de cuyas circunstancias afectaban a las obras de construcción del aparcamiento a realizar en la calle P.

III. Motivación sobre los hechos. La convicción alcanzada por el tribunal sobre la realidad de los hechos que ha declarado probados, se basa en el contenido de los expedientes administrativos aportados como prueba documental y que constan unidos a las actuaciones. Del conjunto de la prueba practicada en el acto del juicio (declaración de los acusados, testifical y documental), el tribunal no ha apreciado el más mínimo indicio para poder declarar como hecho probado que existiera connivencia alguna entre los acusados para llevar a cabo ninguna conducta irregular o que no fuera propia de la ordinaria actuación administrativa, ni que les guiara un propósito de actuar al margen de la regularidad y de la legalidad que deben regir sus actos, ni que obraran con otra finalidad que no fuera la del cumplimiento de sus funciones en el ámbito de sus respectivas competencias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala debe partir de la afirmación de un principio que, aunque pudiera parecer obvia, resulta necesaria en el caso presente, atendidos los hechos que han conformado el objeto del proceso y sobre los que se ha sustentado la acusación: No es propio de la competencia atribuida a los órganos de la jurisdicción penal el control de la legalidad de los actos de la administración, sino el enjuiciamiento de las conductas tipificadas en el Código Penal como delictivas. También se ha de partir, para valorar los hechos en que la acusación se basa, de las siguientes premisas que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha puesto constantemente de relieve al tratar del delito de prevaricación administrativa:

1ª) La sujeción de la Administración a la legalidad obliga a todos sus órganos a actuar y a adoptar sus decisiones con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, sin que resulte admisible una actuación arbitraria o caprichosa. Pero no toda irregularidad o ilegalidad en el ejercicio de la actividad administrativa implica antijuridicidad material ni resulta, sin más, penalmente típica. El análisis de cualquier actuación o resolución supuestamente ilegal, desde la perspectiva del Derecho Penal, exige distinguir entre su incorrección y su posible antijuridicidad típica.

2ª) La injusticia de una actuación o resolución administrativa no se identifica con que su contenido no sea conforme a Derecho, ni su discordancia con el ordenamiento jurídico transmuta automáticamente en delictiva la actuación del funcionario o de la autoridad que la adopta. La decisión inadecuada o incorrecta puede ser producto de un criterio erróneo, o de una interpretación equivocada, o de un descuido o ligereza, o de un planteamiento incorrecto, y el modo ordinario de corregir esa incorrección o incluso el desatino no es otro que el que proporciona el sistema de recursos en el ámbito administrativo y, en su caso, ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

3ª) La injusticia de una actuación o de una resolución administrativa no consiste simplemente en su apartamiento del ordenamiento jurídico, sino en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente protegidos.

4ª) Lo que el Código Penal sanciona como prevaricación no es, desde luego, la equivocación, ni el error, pero tampoco la mera ilegalidad, por grave que pudiera parecer, sino la realización de un acto o el dictado de una resolución de manera injusta, torcida o arbitraria, con intención deliberada y plena conciencia del acto injusto que se realiza.

SEGUNDO.- La figura básica de la prevaricación administrativa que el Código Penal define en su artículo 404 consiste en dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en asunto administrativo. El Tribunal Supremo tiene declarado que por resolución debe entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad, de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, ya sea expresa, tácita, oral o escrita (p. ej. SSTS de 17 de septiembre de 1990, 21 de febrero de 1996, 16 de marzo de 2002, etc.). El propio Tribunal Supremo ha admitido que este delito puede cometerse por acción y por omisión, precisando que la comisión por omisión de dará en aquellos casos en los que un funcionario, debiendo hacerlo en cumplimiento de su deber, se abstiene de realizar el acto debido (p.ej. SSTS de 29 de octubre de 1994, 27 de diciembre de 1995, 5 de enero de 2001, 11 de marzo de 2002, 21 de febrero de 2003, etc.).

En cualquier caso, la esencia de la conducta típica consiste en llevar a cabo, por acción u omisión, un comportamiento arbitrario a sabiendas de su injusticia,

es decir, en realizar un acto contrario a la razón y a las leyes sin más apoyo que el capricho o la voluntad de quien lo hace; en realizar un acto en abierta contradicción con el ordenamiento jurídico, sin atenerse mínimamente a las técnicas de interpretación aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia; en realizar el acto que al sujeto activo le conviene, sea cual sea el motivo, pasando por encima de las leyes, de las formas usuales de interpretarlas y, normalmente, de los intereses generales (p. ej. SSTS de 29 de octubre de 1998 y 17 de mayo de 2002). La injusticia de la actuación administrativa que el Código Penal castiga como delito es la que se plasma en la aplicación torcida de la ley efectuada de manera consciente, lo que suele evidenciarse cuando existe una contradicción patente, notable e incuestionable con el ordenamiento jurídico, cuando se trata de actos que de modo ostensible, flagrante y clamoroso desbordan la legalidad (p. ej. SSTS de 22 de marzo de 1994, 20 de abril de 1995, 7 de enero de 2003, 8 de junio de 2006 y 16 de octubre de 2009).

No basta, en definitiva, con la mera ilegalidad; se requiere un plus de antijuricidad, que aquella ilegalidad lesione el bien jurídico protegido, lo que se produce cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere ese resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración (SSTS de 19 de febrero de 2006, 25 de septiembre de 2007 y 4 de febrero de 2010).

La prevaricación puede cometerse no solo al adoptar directamente decisiones de contenido material, sino cuando se omiten trámites procedimentales que operan como garantía de los derechos individuales y, también, como garantía de orden en la actuación de la Administración y de justicia y acierto en sus decisiones. Pero la omisión del procedimiento legalmente establecido no permite calificar los hechos de un modo automático como delito de prevaricación, pues los vicios esenciales de procedimiento que den lugar a la nulidad del acto tienen sus mecanismos de control en las propias normas administrativas y, en su caso, en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa. En general, la omisión de un trámite o de requisitos de procedimiento no supondrá por sí misma arbitrariedad e injusticia de la resolución que se dicte (p. ej., SSTS de 10 de diciembre de 2001, 25 de enero de 2002 y 13 de marzo de 2009).

Otra cosa ocurrirá cuando la omisión de las exigencias procedimentales suponga la elusión de los controles que el propio procedimiento establece en materia de garantías procesales de los sujetos o respecto de sus derechos sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujete a los fines que la Ley dispone para aquella actuación administrativa en la que se adopta la resolución que, de ese modo, resulta injusta (SSTS de 5 de marzo de 2003, 28 de marzo de 2006 y 4 de febrero de 2010). La prevaricación requiere en todo caso que la actuación del funcionario ocasione un resultado materialmente injusto (SSTS 28 de marzo de 2006, 13 de marzo de 2009, 16 de octubre de 2009 y 4 de febrero de 2010).

TERCERO.- Con la finalidad de reforzar la tutela de la ordenación del territorio, que ya se halla establecida con carácter general en la legislación administrativa, el legislador introdujo en el Código Penal de 1995 los denominados “delitos sobre la ordenación del territorio”, tipificando en sus artículos 319 y 320 determinadas conductas que lesionan o ponen gravemente en peligro el bien jurídico constituido por la utilización racional del territorio conforme a su naturaleza intrínseca y a las previsiones normativas que lo protegen. En el primero de aquellos preceptos se definen y sancionan las conductas que pueden realizar los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo las obras que allí se describen como gravemente lesivas para el referido bien jurídico, actos que deben ser de mayor lesividad que los ilícitos administrativos que ya se contemplan en las normas de tal clase. En el segundo, se castigan dos grupos de conductas:

a) La de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente la realización de determinados actos gravemente lesivos para dicho bien jurídico, que allí se describen (art. 320.1, en su redacción vigente al tiempo de los hechos). Luego, la reforma operada por L.O. 5/2010 ha incorporado a partir de la fecha de su entrada en vigor la conducta omisiva de la autoridad o funcionario que, con igual conocimiento de su injusticia, haya silenciado u omitido intencionadamente los actos que él debiera llevar a cabo en el ejercicio de sus funciones para preservar el referido bien jurídico.

b) La de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, por sí o como miembro de un organismo público, haya resuelto o votado a favor de

la aprobación de las obras o de los actos que allí se estiman gravemente lesivos para dicho bien jurídico (art. 320.2). El Ministerio Fiscal atribuye:

a) A D^a María José y a D. Juan Antonio (arquitecto técnico y arquitecto jefe del Servicio de Planeamiento del Excmo. Ayuntamiento de Valencia), la autoría del primero de dichos delitos (el del art. 320.1 CP), por no haber solicitado ni interesado que se aportara al expediente administrativo relativo a la aprobación del proyecto de ejecución del aparcamiento subterráneo en la calle Profesor Dr. Ochoa, de Valencia -que les fue consultado a los efectos de que por dicho Servicio se emitiera informe en aquello que afectara a la materia propia del Planeamiento urbanístico que es la de su competencia-, una autorización de la Dirección General de Patrimonio de la Generalidad Valenciana que el Ministerio público considera necesaria a tenor de la legislación vigente.

b) A D. Jorge, la autoría, y a D. Pedro y a D. Juan, la cooperación necesaria, en la ejecución del segundo de dichos delitos (el del art. 320.2 CP), por su intervención en la resolución del expediente a favor de la aprobación del proyecto de ejecución del mencionado aparcamiento subterráneo sin haber solicitado ni contar con aquella autorización de la Dirección General de Patrimonio que la acusación pública juzga necesaria.

c) Alternativamente, para el caso de que así no se apreciara por el tribunal, atribuye a D. Jorge, la autoría, y a todos los demás, la cooperación necesaria, en la ejecución de un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal por su intervención personal en la resolución del referido expediente a favor de la aprobación del proyecto sin contar con la mencionada autorización.

Antes de proseguir en el análisis y valoración de las conductas que son objeto de enjuiciamiento se debe precisar lo siguiente:

1.º) No cabe entender en modo alguno que con la tipificación de aquellas conductas contra la ordenación del territorio se haya pretendido por el legislador convertir en delito cualquier acto contrario a las normas urbanísticas vigentes, cualquier ilegalidad o infracción de dichas normas. Ello supondría vaciar completamente de contenido a la jurisdicción contencioso administrativa,

aparte de ser contrario al principio de intervención mínima que debe regir la actividad del legislador en el ámbito penal.

2.º) El delito de prevaricación urbanística del artículo 320 CP no es sino una especialidad del delito genérico de prevaricación administrativa del artículo 404 del mismo Código, “de cuya naturaleza y requisitos participa” (SSTS de 28 de marzo de 2006, F.J. Decimotercero). Se trata de una prevaricación especial por razón de la materia a la que afecta, la actividad urbanística, y por la específica normativa que se debe tomar en consideración para completar las remisiones del precepto penal en blanco, la legislación urbanística, lo que ha de conllevar necesariamente algunas singularidades; pero la conducta delictiva que en ese artículo se tipifica requiere iguales exigencias, en cuanto a la esencia del acto injusto, que las que son propias de toda prevaricación.

En la urbanística, el contenido de la conducta consiste en informar (párrafo 1º) o en resolver (párrafo 2º) ilegalmente y en clara contradicción con las normas que regulan esa actividad, a sabiendas de la injusticia del acto que se realiza, pero en ambos casos el contenido de la acción típica es sustancialmente idéntico al de la prevaricación genérica: la injusticia en el obrar y la plena conciencia del acto injusto que se realiza, siendo, por tanto, de aplicación a esa prevaricación especial la doctrina establecida por la Sala Penal del Tribunal Supremo respecto de los requisitos de la genérica (STS 28 de marzo de 2006, F.J. Decimocuarto), entre los que siempre se ha destacado el relativo a que el acto o la omisión ocasione un resultado materialmente injusto (SSTS de 28 de marzo de 2006, F.J. Decimocuarto; 13 de marzo de 2009, F.J. Cuarto; 16 de octubre de 2009, F.J. Quinto.3; 4 de febrero de 2010, F.J. Cuarto).

CUARTO.- Partiendo de la anterior doctrina jurisprudencial, la primera cuestión que debe resolverse en el presente juicio es la de si la conducta omisiva consistente en la falta de petición de autorización a la Dirección General de Patrimonio de la Consellería de Cultura de la Generalidad Valenciana, antes de resolver sobre la aprobación del proyecto de ejecución del aparcamiento subterráneo en la calle P. de Valencia, que era lo que constituía el objeto del expediente administrativo tramitado en la Unidad Administrativa de la Concejalía de Tráfico y Circulación del Excmo. Ayuntamiento de Valencia con el número 01801-2002/3613, constituye una ilegalidad evidente y clamorosa, de contenido materialmente injusto, capaz de incardinarse en el ámbito objetivo de la prevaricación, bien sea urbanística (del art. 320.1 y 2 CP), bien sea genérica (del art. 404 CP); es decir, si concurre o no el primer y esencial elemento del tipo objetivo de la prevaricación: la injusticia en el obrar. Sólo si la

respuesta fuera afirmativa debería examinarse, luego, si concurren los demás elementos de la acción típica y pudiera subsumirse en alguno de aquellos preceptos el comportamiento de todos o de alguno de los acusados.

La Resolución de 6 de marzo de 1992 de la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Consellería de Cultura de la Generalidad Valenciana, que acuerda tener por incoado el expediente de delimitación del entorno de protección de los Jardines de Monforte de la ciudad de Valencia, dispuso en su apartado Tercero que, una vez incoado el referido expediente, la realización de obras en la zona delimitada como entorno de protección debería ser autorizada por la referida Dirección General. En la citada resolución se incluía la calle Ciudad Universitaria, hoy calle P., desde la Avenida de Blasco Ibáñez hasta la calle de Monforte, dentro del entorno de protección de los Jardines de Monforte. El expediente de delimitación del entorno de protección incoado con aquella Resolución no ha sido completado ni concluido con posterioridad por la Administración competente.

La legislación vigente al tiempo de la incoación del expediente de delimitación del entorno de protección acordada en la anterior Resolución era la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, cuyo artículo 15.2 señalaba como fundamento generador del interés de protección de los jardines históricos su valor estético, sensorial o botánico. El artículo 11.2 de la citada Ley exigía que la delimitación del entorno afectado por la declaración de protección de un bien contuviera la definición y enumeración de las partes integrantes, pertenencias y accesorios. No se hacía ninguna referencia expresa al subsuelo del entorno del bien protegido.

La legislación vigente al tiempo de la tramitación del expediente administrativo relativo a los hechos que aquí se enjuician estaba constituida por la Ley 4/1998, de 11 de junio, de la Generalidad Valenciana, de Patrimonio Cultural Valenciano, en la que se señala que el objeto de protección de los jardines históricos son aquellos mismos valores visuales, ambientales y paisajísticos (art. 26 A, c). En su artículo 28 dispone que la declaración de un bien de interés cultural determinará con claridad los valores del bien que la justifican y contendrá una descripción detallada del mismo, con sus partes integrantes, que permita una identificación precisa, debiendo determinarse, en el caso de los bienes inmuebles “su delimitación geográfica y el entorno afectado por la declaración en razón de la adecuada protección del bien y de su relación con el área territorial a que pertenece, el cual incluirá el subsuelo si procede” (art. 28.1 y 2, apartado b).

La Disposición Transitoria Primera de la misma Ley establece que para la aplicación de la actividad tutelar en los entornos de protección de los bienes de interés cultural respecto de los que aún no se haya concluido el expediente para su delimitación (que es el caso en que se encuentran los Jardines de Monforte), se deberá estar al entorno definido en la resolución publicada en el diario oficial en la que se promovió dicha delimitación, es decir, en la Resolución de la Dirección General de Patrimonio de 6 de marzo de 1992 (publicada en el DOGV de 5 de agosto de 1992), en la que no se contiene ninguna mención respecto del subsuelo del entorno de protección de los citados Jardines de Monforte.

QUINTO.- Si la legislación autonómica vigente en la fecha de los hechos que se juzgan exigía, para poder considerar que el subsuelo del entorno de un bien de interés cultural está sujeto al régimen especial de protección, que así se indique expresamente en la Resolución en que dicho entorno se delimite, y esa previsión expresa no se contempla en la que dispuso la incoación del expediente de delimitación del entorno de protección de los Jardines de Monforte, no cabe sostener que la interpretación de las citadas normas conforme a la cual se concluya que no resultaría necesaria ninguna autorización de la Dirección General de Patrimonio para la aprobación del proyecto de construcción del aparcamiento en el subsuelo de la calle P., de Valencia, sea manifiestamente ilógica o irracional, o fruto de la arbitrariedad, ni que aquella conclusión violente los métodos comunes de hermenéutica de un modo flagrante y clamoroso. No cabe considerar que semejante interpretación “no sea sostenible mediante ningún método jurídicamente aceptable”, que es el parámetro establecido por la jurisprudencia para poder reconocer la arbitrariedad.

Cierto es que para acceder al subsuelo hay que actuar sobre la superficie misma de la vía pública, que está incluida en cuanto tal en el entorno de protección, y que ello podría llevar a considerar necesaria la petición de autorización para poder aprobar la ejecución de la obra proyectada. Pero no deja de ser chocante que pudiera sostenerse razonable y fundadamente, como ya se ha dicho, que tal autorización no resultara necesaria para lo esencial (la obra misma en el subsuelo) y que sí lo fuera, en cambio, para lo puramente medial o instrumental (el acceso al subsuelo para realizar aquella obra no necesitada de autorización). Una interpretación acentuadamente rigurosa que se hiciera desde el punto de vista de la más exquisita protección del bien y de su entorno, podría llevar, ciertamente, en contra de la anterior, a la conclusión de que cualquier tipo de obra que se proyectara en dicho entorno, por encima o

por debajo de la rasante del suelo, pudiera precisar la autorización de la Dirección General de Patrimonio.

Pero el hecho mismo de que existan dos interpretaciones posibles y ambas jurídicamente defendibles con muy razonables argumentos, impide que una de ellas -la que no se comparta- pueda calificarse de arbitraria. Aunque se considerase que la petición de autorización a la Dirección General de Patrimonio fuera absoluta e inequívocamente necesaria, según la legislación vigente, para poder aprobar el proyecto (lo que no es del caso, como ya hemos dicho), la mera omisión de la petición de la autorización no constituiría, sin más, una conducta prevaricadora; haría falta que a la ilegalidad que ello representara se sumara el plus de antijuridicidad exigido por el tipo, es decir, que se persiguiera un resultado materialmente injusto que lesionara o pusiera en peligro el bien jurídico penalmente protegido. Ese contenido material de injusticia en la conducta omisiva podría evidenciarse cuando la falta de petición de la autorización obedeciera al propósito de eludir una decisión de la Dirección General de Patrimonio que, con toda seguridad o con un alto grado de probabilidad, hubiera de ser denegatoria, pero eso es algo de lo que no existe en el caso presente el más mínimo indicio. Es más, tanto los funcionarios municipales como los de la referida Dirección General que declararon como testigos en el acto del juicio, al ser preguntados sobre tal extremo manifestaron que nunca se ha denegado la autorización por dicha Dirección General para la construcción de ningún aparcamiento subterráneo en la ciudad de Valencia.

En conclusión: Al no concurrir en los hechos sometidos al conocimiento de la Sala el esencial elemento objetivo del tipo penal por el que se ha formulado la acusación -la injusticia en la actuación de la autoridad o funcionario público-, resulta ocioso el examen de los restantes y procede dictar, por falta de tipicidad de los hechos, sentencia absolutoria.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al ser absolutorio el pronunciamiento que se debe proferir, se han de declarar de oficio las costas causadas.

Por la defensa de D. Pedro, D. Juan, D^a María José y del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, se solicitó en su informe que en la sentencia que se dictara se hiciera expresa imposición de costas, sin indicar a qué parte debieran ser impuestas. Esta petición no puede ser acogida, no ya por su total indeterminación subjetiva, sino porque no resulta legalmente procedente. El

único supuesto en el que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que pueden imponerse las costas a una parte diferente del acusado que sea condenado, es el de que se impongan al querellante particular o al actor civil cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe (art. 240.3); y en el caso presente no hay nadie que haya actuado en la causa con tal cualidad. La ley no contempla que, en caso de absolución del acusado, pudieran imponerse las costas a la acusación pública, puesto que el legislador no ha podido representarse como posible que, atendidos los principios que deben regir la actuación del Ministerio Fiscal, éste pudiera actuar temerariamente.

Vistos los artículos citados, los artículos 142, 239 a 241, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Absolvemos a D. Jorge, a D. Juan, a D. Pedro, a D^a María José y a D. Juan Antonio de los delitos contra la ordenación del territorio en su modalidad de prevaricación urbanística y, alternativamente, del delito de prevaricación administrativa de los que les acusaba el Ministerio Fiscal. No ha lugar a declarar en este proceso la nulidad de la Resolución U-4663, de fecha 24 de junio de 2004, suscrita por D. Jorge en su condición de Concejal del Área de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Valencia y Quinto Teniente de Alcalde, por delegación de la Junta de Gobierno Local, y por D. Pedro en su condición de Secretario adjunto del Área de Urbanismo de dicho Ayuntamiento. Se declaran las costas de oficio.

Contra la presente sentencia, que no es firme, puede prepararse recurso de casación para ante el Tribunal Supremo por la parte que se considere agraviada, mediante escrito presentado ante esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación a las partes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pilar de la Oliva Marrades.- José Flors Matés.- Juan Climent Barberá.