

JDO. DE INSTRUCCION N. 1 CARTAGENA

-

CALLE ANGEL BRUNA, 21, PLANTA 6
Teléfono: 968 326233-34 **Fax:** 968 326273
Correo electrónico: instruccion1.cartagena@justicia.es

Equipo/usuario: NCS
Modelo: 425000

DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000771 /2019

N.I.G: 30016 43 2 2019 0002783
Delito/Delito Leve: PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA
Denunciante/Querellante: HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL PERPETUO SOCORRO S.A., MINISTERIO FISCAL
Procurador/a: MARIA MAGDALENA FAZ LEAL,
Abogado: ,
Contra: ANA BELEN CASTEJON HERNANDEZ
Procurador/a: EVA ESCUDERO VERA
Abogado:

A U T O

En CARTAGENA, a dos de diciembre de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- El presente procedimiento se incoó por los hechos que resultan de las anteriores actuaciones, habiéndose practicado las diligencias de investigación que constan en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Una vez recibido el expediente solicitado y sin necesidad de proceder a la práctica de más diligencias entiendo que es procedente el dictado de la presente resolución mediante la cual se acuerda el sobreseimiento provisional de la causa y archivo de las actuaciones.

Sobre la prevaricación administrativa el Tribunal Supremo ha manifestado que:



a) El bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación; 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, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal;

b) la acción, consistente en dictar una resolución injusta en un asunto administrativo, implica su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder; y

c) respecto del elemento diferenciador entre ilegalidad administrativa y penal (arbitrariedad), se ha estimado, en algunas resoluciones desde una óptica objetiva, que el acento debe hallarse en la "patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el Derecho"; y en otras resoluciones se ha resaltado como elemento decisivo el ejercicio arbitrario del poder, que tiene lugar cuando la autoridad o funcionario dictan una resolución no fruto del ordenamiento jurídico sino producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2.009).

El primer acto administrativo que señala la querrela cometido en "fraude de ley" es la petición por parte de la Concejalía de Urbanismo a la Dirección de Bienes Culturales de la declaración como bien inventariado del recinto conocido como "cárcel de San Antón". En relación con este recinto, tal y como se desprende del expediente remitido, fue adquirido por la parte querellante mediante escritura pública de compraventa de 2 de febrero de 2.017, accediendo a la inscripción registral el 14 de febrero del mismo año. Obvia la querrela (se ignora si de manera consciente o inconsciente) que fue el grupo municipal Cartagena Sí Se Puede el que presenta la solicitud de declaración de dicho bien como inventariado con fecha de 26 de enero de 2.017 y que dicha solicitud fue notificada al área de urbanismo del Ayuntamiento de Cartagena el 13 de febrero de 2.017, pidiendo en el mismo escrito que la Alcaldía considere la posibilidad de solicitar también el grado de protección 1 (bien inventariado) para dicho bien. Del mismo modo, el grupo municipal Movimiento Ciudadano también comunica el 13 de febrero de 2.017 haber presentado la solicitud de declaración como bien de interés cultural del recinto conocido como "Cárcel de San Antonio" con fecha de entrada 6 de febrero de 2.017. Ante dichas solicitudes lo que se hace desde el servicio jurídico administrativo de



intervención urbanística es solicitar a la Dirección General de Bienes Culturales que notifique al ayuntamiento cualquier decisión que adopte y acuerda la suspensión del procedimiento hasta que recaiga el informe requerido. Es decir, no hay por parte del ayuntamiento ningún acto de petición de declaración del recinto como bien de interés cultural sino una notificación de la existencia de una solicitud de demolición y la petición de dos grupos municipales de declaración del bien como protegido (en diversos grados). Y lo anterior es así porque el seis de febrero de 2.017 el HOSPITAL DEL PERPÉTUO SOCORRO solicitó licencia de demolición. En cuanto a la suspensión del procedimiento, se realiza en consonancia con lo dispuesto en el artículo 22.1 d) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento).

No existe ninguna resolución dictada por la querellada (en sus funciones de Concejala de Urbanismo además de Alcaldesa) en la que se declare lo indicado en la querrela de solicitud de declaración de bien como inventariado y, en cuanto a la suspensión del procedimiento de la solicitud de demolición mientras se reciba el informe de la Dirección de Bienes Culturales, tampoco es una resolución de aquella sino un informe de los servicios jurídicos. No obvia que en relación al concepto de "resolución" que exige el delito de prevaricación, el Tribunal Supremo ha declarado en varias resoluciones, pudiendo citar como más reciente la de la sala penal sección primera de 26 de marzo de 2.019 que "el concepto de resolución administrativa no está sujeto, a nuestros efectos prejudiciales debemos añadir, a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite (vgr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva".

Es evidente que se puede dudar de que dicho informe solicitado sea preceptivo en los términos exigidos por el artículo 22.1 d) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pero la petición del mismo y la paralización del procedimiento por el que se tiene que resolver ni más ni menos que la solicitud de demolición de bien sobre el cual se ha solicitado sea declarado de especial



protección, no puede, en ningún caso, entender que supone una resolución ilegal de suficiente entidad como para apreciar la existencia de un delito de prevaricación. Como se ha expuesto al comienzo de la exposición, el delito de prevaricación requiere que la resolución sea dictada a sabiendas de su injusticia. La dificultad de definir este término ha sido expuesta por la jurisprudencia. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 2.003 advirtió de la dificultad que comporta la delimitación de la línea fronteriza entre la ilicitud administrativa y la penal, y que 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 proporcionaba 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 abuso de poder. Al mismo tiempo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2.003, núm. 331/2.003, recuerda que "no basta, pues, con la contradicción con el derecho". Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente. Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así, en efecto, de una contradicción patente y grosera (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1996, núm. 171/96), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1.992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (sentencia del Tribunal Supremo núm. 1095/1993, de 10 de mayo). En todos estos casos (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2.003, núm. 504/2003), es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, fundada en un método hermenéutico aceptable, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la Ley penal, que contingentemente la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho. Otras sentencias, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y



dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1.998, núm. 1/1998 ; de 4 de diciembre de 1.998 ; núm. 766/1.999, de 18 mayo y núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (sentencia del Tribunal Supremo núm. 727/2.000, de 23 de octubre). Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (sentencia núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (sentencia del Tribunal Supremo núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (sentencia del Tribunal Supremo núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Descartada la existencia de ninguna resolución o acto por parte de la Concejalía de Urbanismo del Ayuntamiento de Cartagena en la que se solicite la declaración de la "cárcel de San Antón) como bien inventariado o como bien de interés cultura, procede examinar el informe en el que se acuerda suspender el procedimiento de solicitud de demolición hasta que por parte de la Dirección General de Bienes Culturales se aporte informe al respecto. Pues bien, en ningún caso, dicho informe puede considerarse injusto y ello porque, ante la posibilidad de que se acordase la protección especial del bien, debía paralizarse la demolición del mismo, pues es evidente que en el caso de su declaración como bien protegido, si la demolición hubiese sido autorizada, dicha declaración sería *papel mojado* y las consecuencias de la demolición serían imposibles de reparar. Pero, es más, en la propia resolución dictada por la Dirección General de Bienes Culturales en la



que se acuerda incoar el procedimiento administrativo para la declaración como bien inventariado, en el punto segundo se advierte que "los titulares del bien deberán conservar, custodiar y proteger los bienes, asegurando su integridad y evitando su destrucción o deterioro" y en el punto tercero adopta la medida cautelar de "necesidad de solicitar autorización de esta Dirección General para cualquier intervención en el inmueble", lo cual sin duda respalda la decisión del ayuntamiento de suspender el procedimiento de solicitud de demolición hasta recabar el correspondiente informe.

A partir de ese momento, el área de urbanismo del ayuntamiento de Cartagena solicita en varias ocasiones a la Dirección General de Bienes Culturales autorización para la concesión de la licencia de demolición, citando también la querrela las mismas como constitutivas del delito de prevaricación. Y, sin embargo, no es posible compartir las argumentaciones esgrimidas por el querellante. La resolución del conflicto de ha dado la razón al ayuntamiento en su posición de paralizar, que no denegar, la licencia de demolición y solicitar informes. Pero, es más, en la propia resolución en la que se acordaba la iniciación del procedimiento para la declaración del bien como inventariado, se hacía constar la necesidad de solicitar la autorización a la Dirección General de Bienes Culturales para la adopción de cualquier actuación sobre dicho bien, por lo que todas las peticiones realizadas por el ayuntamiento no solo quedan amparadas por dicha resolución, sino que eran imprescindibles conforme a la misma.

Con fecha 27 de noviembre de 2.017, la Dirección General de Bienes Culturales autoriza la intervención por parte del comprador de la "Cárcel de San Antón" en aquellas unidades de obra no afectadas por la resolución dictada el 22 de marzo de 2.017, y, en contra de lo señalado en la querrela, no es que el ayuntamiento no conceda la licencia, sino que solicita al HOSPITAL DEL PERPÉTUO SOCORRO la aportación de un nuevo proyecto (4 de enero de 2.018). Al mismo tiempo, el grupo municipal Cartagena Sí Se Puede solicita el 25 de enero de 2.018 que el ayuntamiento paralice el derribo y en el mismo sentido consta un escrito con fecha de entrada 30 de enero de 2.018 por parte de la asociación de vecinos de San Antón. Concedor de dicho requerimiento es el querellante pues el 5 de febrero de 2.018 aporta la documentación requerida.

El 10 de abril de 2.018 la Dirección General dicta resolución por la que se declara la caducidad del procedimiento para la declaración de la Cárcel de San Antón como bien inventariado y el 11 de abril de 2.018 se vuelve a incoar el procedimiento en las mismas condiciones anteriormente expuestas, aspecto obviado por el querellante en su exposición de hechos. El ayuntamiento requiere al solicitante de la licencia de demolición nuevo informe y, a continuación, por parte del servicio jurídico de inspección



urbanística, se le pide un nuevo proyecto de demolición acorde con la resolución dictada. En cuanto a la reunión de la Junta de Gobierno Local de 14 de mayo de 2.018, lo que se acuerda en la misma es interponer recurso de alzada contra la resolución de la Dirección General de Bienes Culturales para que se extienda la protección al pabellón de reclusos y al mismo tiempo mantener en suspensión la concesión de licencia de demolición.

Esta última decisión no puede, en modo alguno, considerarse constitutiva de un delito de prevaricación en cuanto no constituye una resolución injusta, alejada en todo caso de los intereses sociales, y ello porque, tras varias vicisitudes del procedimiento, y a pesar de que inicialmente la Dirección General de Bienes Culturales denegó la extensión de la protección solicitada por el consistorio, finalmente, mediante auto de 3 de mayo de 2.019, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, acordó concederla conforme a lo solicitado. Es evidente que la concesión de la licencia de demolición hubiese supuesto un daño irreparable que los diferentes intervinientes en el procedimiento administrativo trataron de evitar.

Por todo lo expuesto, y conforme a la extensa jurisprudencia citada, no puedo considerar la existencia de indicios de que ANA BELÉN CASTEJÓN HERNÁNDEZ haya incurrido, de manera activa u omisiva, en una conducta que pueda tacharse de constitutiva de un delito de prevaricación.

PARTE DISPOSITIVA

SE DECRETA EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL DE LA PRESENTE CAUSA, procediéndose al archivo de estas actuaciones.

Notifíquese, en su caso, la presente resolución por el Letrado de la Administración de Justicia a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la presente causa.

Conforme se establece en el art 636 de la L.E.Criminal, comuníquese este auto, en su caso, a la/s víctima/s del delito, en la dirección de correo electrónico y, en su defecto, por correo ordinario a la dirección postal o domicilio que hubieran designado en la solicitud prevista en el artículo 5.1.m) de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito, y podrán recurrirlo dentro del plazo de veinte días aunque no se hubieran mostrado como parte en la causa.





MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante interposición de **RECURSO DE REFORMA** y subsidiario de **APELACIÓN** dentro de los **TRES DÍAS** siguientes a su notificación o **RECURSO DE APELACIÓN** directo dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes a su notificación.

Así lo manda y firma D./D.^a NEREA CAVERO SEDANO, MAGISTRADO del JDO. DE INSTRUCCION N. 1 de CARTAGENA. Doy fe.

EL/LA MAGISTRADO

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

