



**REMITENTE:** Juzgado de lo Penal Nº 5. Santa Cruz de Tenerife

**DESTINATARIOS**

<u>Nombre</u>	<u>Nº colegiado</u>	<u>Colegio</u>
Juan Porfirio Hernandez Arroyo	113	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
Maria Renata Martin Vedder	184	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
Rafael Hernandez Herreros	93	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife

**DATOS DEL PROCEDIMIENTO**

NIG: 3802631220020002774  
Orden Jurisdiccional: Penal  
Procedimiento: Procedimiento abreviado 0000323/2015

**RESOLUCIÓN NOTIFICADA**

SENTENCIA TEXTO LIBRE ABSOLUTO



JUZGADO DE LO PENAL Nº 5  
Avda. Tres de Mayo, nº3  
Santa Cruz de Tenerife  
Teléfono: 922 20 84 41  
Fax.: 922 20 84 43  
Email: penal5.sctf@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento abreviado  
Nº Procedimiento: 0000323/2015  
Proc. origen: Procedimiento abreviado  
Nº proc. origen: 0000946/2002-00  
NIG: 3802631220020002774  
Resolución: Sentencia 000466/2016

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Denunciante	IPO - LOS VERDES	Pedro Fernandez Arcila	Rafael Hernandez Herreros
Imputado	Ambrosio Jimenez Quintana	Maria Jesus Borges Cabrera	Juan Porfirio Hernandez Arroyo
Imputado	Isaac Valencia Dominguez	Esteban Sola Reche	Juan Porfirio Hernandez Arroyo
Imputado	Juan Carlos De Tomas Marti	Esteban Jesus Casanova Ruiz	Juan Porfirio Hernandez Arroyo
Perjudicado	BINGOS AC ALEMAN CASIMIRO, S.A.U.	Natalia Dara Rodriguez De La Vallina	Maria Renata Martin Vedder

## SENTENCIA

## NOTIFICADO

5-9-16

San Cristóbal de la Laguna, 12 de agosto de 2016

Marcos Díaz Peteiro, Juez de Refuerzo del Juzgado de lo Penal número 5 de Santa Cruz de Tenerife, dicta esta Sentencia con la que se pone fin a la primera instancia del juicio numerado como 323 del año 2015, al que han sido citados, como acusados, Ambrosio Jiménez Quintana, asistido por la Sra. Abogado María Jesús Borges Cabrera; Isaac Valencia Domínguez, asistido por el Sr. Abogado Esteban Sola Reche; y, Juan Carlos de Tomás Martí, asistido por el Sr. Abogado Esteban Casanova Ruiz; todos ellos representados por el Sr. Procurador Juan Porfirio Hernández Arroyo. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, en ejercicio de la acción pública; y, el grupo político IPO - Los Verdes, en ejercicio de la acción popular. El juicio ha versado sobre un delito sobre la ordenación del territorio y de prevaricación urbanística.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El Juzgado de Instrucción número 2 de La Orotava acordó por Auto de 13 de febrero de 2013 continuar la tramitación de las Diligencias Previas 946/2002 por los trámites previstos en el Capítulo IV del Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ha correspondido a este Juzgado de lo Penal su enjuiciamiento y resolución.

**SEGUNDO.** El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra Ambrosio Jiménez Quintana como autor de un delito contra la ordenación del territorio de los artículos 319.1 .2 y .3 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, solicitando la imposición de una pena de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 20 meses a razón de 10 € diarios con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 en caso de impago, e inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 2 años; así como al pago de las costas procesales.

El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra Isaac Valencia Domínguez, como autor de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal y de un delito





contra la ordenación del territorio de los artículos 319.1 .2 y .3 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, solicitando la imposición de una pena de 8 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, 1 año y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito de prevaricación; y, de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 20 meses a razón de 10 € diarios con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 en caso de impago e inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 2 años por el delito contra la ordenación del territorio; así como al pago de las costas procesales.

El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra Juan Carlos de Tomás Martí, como autor de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal y de un delito contra la ordenación del territorio de los artículos 319.1 .2 y .3 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, solicitando la imposición de una pena de 8 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, 1 año y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito de prevaricación; y, de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 20 meses a razón de 10 € diarios con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 en caso de impago e inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 2 años por el delito contra la ordenación del territorio; así como al pago de las costas procesales.

Las defensas de los acusados solicitaron la libre absolución de sus defendidos.

**TERCERO.** Recibido el procedimiento en este Juzgado de Refuerzo de los Juzgados de lo Penal, el 2 de marzo de 2016 se dicta Auto de admisión de pruebas.

Mediante Diligencia de ordenación de 2 de marzo de 2016, se señala como fecha de juicio los días 25, 26, 27, 28 y 29 de abril de 2016.

Solicitada y acordada la suspensión del juicio previsto para las anteriores fechas, mediante Providencia de 29 de marzo de 2016, se cita a las partes a una comparecencia para fijar las nuevas sesiones de juicio oral. El día 14 de abril de 2016 se celebra la comparecencia, quedando fijados como días de señalamiento los días 19, 20, 23, 25 y 26 de mayo.

Mediante Providencia de 16 de mayo de 2016 se acuerda nuevamente la suspensión de las sesiones del juicio oral, ante la imposibilidad de un perito de comparecer al acto del juicio oral, por encontrarse en el extranjero.

El 19 de mayo de 2016 tuvo lugar una nueva comparecencia a fin de señalar como fechas para el juicio oral, quedando fijados los días 16, 20, 23, 24 y 27 de junio; días en los que el juicio oral tuvo lugar.

El 16 de junio se celebraron las cuestiones previas, el 20 de junio la declaración de acusados y testigos, el 23 de junio la declaración de peritos, el 24 de junio la declaración de más testigos y peritos y las conclusiones, que fueron elevadas a definitivas por todas las partes; y, el 27 de junio, los informes y el derecho a la última palabra.

Los acusados Ambrosio Jiménez Quintana y Juan Carlos de Tomás Martí hicieron uso del derecho a la última palabra. El acusado Isaac Valencia Domínguez no hizo uso de este derecho, guardando silencio.





Tras el trámite del derecho a la última palabra, quedaron las actuaciones vistas para Sentencia.

**CUARTO.** Las cinco sesiones de juicio oral fueron grabadas mediante el sistema de grabación del Juzgado, quedando incorporadas a la causa. Además, en las cuatro primeras sesiones del juicio oral estuvo presente la Letrada de la Administración de Justicia, que elaboró un acta sucinta de estas cuatro primeras sesiones y que quedó incorporada a la causa.

### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.** El presente procedimiento se dirige contra los acusados Ambrosio Jiménez Quintana, Isaac Domínguez Valencia y Juan Carlos de Tomás Martí.

Ambrosio Jiménez Quintana, mayor de edad, sin antecedentes penales, fue el promotor y constructor de la edificación El Trompo.

Isaac Domínguez Valencia, mayor de edad, sin antecedentes penales, fue el alcalde del Ayuntamiento de la Orotava, durante la construcción de la edificación del Trompo.

Juan Carlos de Tomás Martí, mayor de edad, sin antecedentes penales, fue el secretario general del Ayuntamiento de la Orotava durante la construcción de la edificación el Trompo. Juan Carlos de Tomás Martí, funcionario de carrera, continúa en ese puesto.

**SEGUNDO.** En una fecha no determinada, pero en todo caso con anterioridad a noviembre de 2001, Ambrosio Jiménez Quintana, como administrador único de la mercantil Proyectos Inmobiliarios Las Arenas, promovió y comenzó la construcción de la edificación hoy conocida como el centro comercial “el Trompo”.

En concreto, el 15 de noviembre de 2001, las obras ya se habían iniciado. Se habían realizado movimientos de desmonte y se había comenzado la construcción de pilares. El 15 de febrero de 2002, se había llevado a cabo la cimentación del centro comercial y se habían colocado columnas.

La obra del Trompo se elevó sobre el sector adyacente al Sector 10, según el Plan General de Ordenación Urbana del municipio de la Orotava de 1990, vigente en el momento en que se inicia y desarrolla la construcción; y, sobre un pequeño terreno perteneciente al Sector 10. Según este Plan, el suelo sobre el que mayoritariamente se asentaba este edificio, la parcela anexa al Sector 10, era rústico, potencialmente productivo. El suelo del Sector 10 estaba clasificado como urbanizable, si bien la parte del terreno sobre la que se edificó el Trompo estaba destinado a zonas verdes.

El acusado, Ambrosio Jiménez Quintana, era conocedor de que el Trompo se llevaba a cabo sobre suelo rústico y sobre zonas verdes, esto es, sobre terreno en el que no se podía llevar a cabo una edificación de esa naturaleza. Pese a ello, y pese a conocer que conforme al Plan General de Ordenación Urbana vigente nunca se podría autorizar allí una construcción de esas características, decidió llevarla a cabo.

Este edificio terminó de construirse el 2 de diciembre de 2004, fecha del certificado final de obra.

El nuevo Plan General de Ordenación Urbana aprobado definitivamente el 16 de julio de 2004,





denominaría la parcela sobre la que mayoritariamente se construyó el Trompo como Unidad de Actuación de las Arenas. Esta parcela se clasificó como suelo urbanizable no consolidado por la urbanización. El terreno del Sector 10 sobre el que se asentó el Trompo dejó de ser zona verde.

**TERCERO.** Los agentes de la Policía Local de la Orotava con números de identificación profesional A-31 y A-34, así como el cabo de la Policía Local con número de identificación C-09, realizaron sendas visitas a esta parcela aneja al Sector 10. Estas visitas se realizaron el 15 de noviembre de 2001 y el 15 de febrero de 2002.

Tras estas inspecciones, la Policía local puso en conocimiento del Ayuntamiento que se estaban realizando obras sin contar, aparentemente con licencia. El 3 de mayo de 2002, el aparejador municipal, Melecio Tamajón Hernández, acude a las obras, y describe lo construido como “estructura bajo rasante en su lado sur, lado oeste y parte del lado norte encontrándose en la esquina noroeste “dos alturas”.

A continuación, el Ayuntamiento de la Orotava acuerda, de forma inmediata, la suspensión de la obra.

El 7 de mayo de 2002, el acusado Isaac Valencia Domínguez, como alcalde de la Orotava, con base en las indicaciones del aparejador municipal y en el informe jurídico previo dicta un Decreto por el que adopta las medidas de “mantenimiento” de suspensión de la actividad edificatoria denunciada. Esta construcción fue definida como una “estructura bajo rasante” en un lugar conocido como Polígono industrial Las Arenas, se le atribuyó a la empresa COINTE SA, que figuraba en el informe como “presunto responsable”. El Decreto especificaba que la suspensión afectaba “en lo que exceda de las previsiones expuestas por el Ingeniero Director de obras de urbanización”.

En consecuencia, el mencionado Decreto requiere al interesado, esto es, al acusado Ambrosio Jiménez Quintana, también administrador de la mercantil COINTE SA, para que en el plazo de 3 meses instase la legalización de la obra. La estructura que se estaba ejecutando se corresponde con los cimientos de lo que posteriormente sería el centro comercial el Trompo.

El 10 de julio de 2002 Ambrosio Jiménez Quintana solicita la licencia de obra mayor para la legalización del edificio el Trompo. A continuación se inicia la tramitación del expediente administrativo que finalizaría con la concesión de la licencia 312/2002, el día 11 de octubre de 2002.

**CUARTO.** En la tramitación del anterior expediente, los técnicos municipales emitieron el preceptivo informe técnico con fecha 10 de octubre de 2002. El aparejador municipal, Emilio Roche, con el visto bueno del arquitecto municipal, Fernando Hernández García, se limitó a constatar una serie de incumplimientos (en materia de seguridad contra incendios, alineaciones y rasantes, estudio de seguridad, seguridad e higiene, control de vertidos, actividades clasificadas, ventilación e iluminación...) y a informar sobre la clasificación del suelo como rústico potencialmente productivo.

El expediente no cuenta con el obligatorio informe de los servicios jurídicos municipales del Ayuntamiento. En lugar de este informe, el Ayuntamiento de la Orotava encargó un informe externo al catedrático de Derecho Administrativo, Luciano Parejo Alfonso, ajeno a la corporación municipal.

El objeto del informe consistía en determinar la naturaleza del suelo; si las obras ejecutadas eran compatibles con el planeamiento vigente en aquel momento; y, si estas obras eran susceptibles de legalización.





El 7 de octubre de 2002, los arquitectos Argeo Semán Díaz y Jesús Romero Espeja, que formaban parte del equipo redactor del documento de Revisión del Plan General de Ordenación de Urbana, que se estaba tramitando en el Ayuntamiento de la Orotava, emiten un informe a solicitud del secretario general, el acusado Juan Carlos de Tomás Martí. Este informe lo suscriben. Este informe, entre otros aspectos, advierte que el nuevo Plan General de Ordenación Urbana está pendiente de aprobación definitiva por lo que todavía se pueden producir *“modificaciones, derivadas del proceso de contestación de las alegaciones y las consideraciones relativas a cuestiones planteadas durante el proceso de información pública, tanto por interés municipal, convenio, gestión urbanística, etc, como por interés supramunicipal”*. Según este informe se desconocía qué tipo de edificación se podría llevar a cabo en cada parcela afectada por la revisión del Plan General y, en concreto, en el terreno ocupado por el Trompo. Esta determinación quedaba a expensas del resultado este proceso de información pública.

Asimismo, en la propuesta y en el expediente de legalización no se tramitó ni se exigió al promotor que se iniciase la tramitación, con carácter previo, la licencia de instalación de la actividad de garajes. La concesión de la licencia no tuvo en cuenta que faltaba la tramitación de esta licencia.

**QUINTO.** El secretario general del Ayuntamiento, Juan Carlos de Tomás Martí, consciente de que no se habían respetado trámites esenciales del procedimiento administrativo, como la ausencia del informe jurídico de los servicios municipales; y, de que la legalización del edificio no era posible, entre otras razones por la construcción en suelo rústico, elevó una propuesta favorable a la legalización de obras.

Juan Carlos de Tomás Martí, en su propuesta favorable de legalización, se fundamenta, además de en el informe de Luciano Parejo, en las previsiones de que esa zona fuese a convertirse en suelo urbano, puesto que la parcela colindante, el Sector 10, tenía un Plan Parcial específico, el Plan Parcial del Sector 10, que había permitido edificar en esa zona. Previamente había recabado un informe ad hoc, sobre el estado de la consolidación de las obras de urbanización a Melecio Tamajón Hernández, arquitecto técnico municipal.

Juan Carlos de Tomás Martí conocía que, dada la naturaleza del suelo y los usos permitidos, el edificio multiusos objeto del proyecto era incompatible con la normativa urbanística en vigor. Juan Carlos de Tomás Martí también conocía que las obras de urbanización que se habían ejecutado en las inmediaciones no modificaban la calificación del suelo ni tampoco permitían la edificación en general.

Además, dada la categoría del suelo como rústico potencialmente productivo, no se solicitó el preceptivo trámite de Calificación Territorial que debe otorgar el Cabildo Insular cuando se llevan a cabo construcciones en suelo rústico. Juan Carlos de Tomás Martí también conocía este incumplimiento de la normativa urbanística.

**SEXTO.** Con base en la propuesta del secretario del Ayuntamiento, el alcalde, Isaac Valencia Domínguez, el día 11 de febrero de 2002, firma el Decreto por el que legalizaba la construcción del Trompo. En este Decreto, se le concede a la edificación la licencia sobre el proyecto de ejecución material con número 312/02, quedando así formalmente legalizada la obra.

Ambas resoluciones, tanto la propuesta del Secretario, como el Decreto del Alcalde por el que se concedía licencia 312/2012 se dictan sin respetar lo dispuesto en el artículo 94 de las





Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de 1990 del Ayuntamiento de la Orotava, aprobado el 28 de noviembre de 1990 en el Boletín Oficial de Canarias y los artículos 42 y 43; 62, 1.b), 166 y siguientes del texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales Protegidos aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de Mayo.

**SÉPTIMO.** Juan Carlos de Tomás Martí e Isaac Valencia Domínguez llevaron a cabo las anteriores resoluciones administrativas actuando de forma conjunta, con pleno conocimiento de que las resoluciones administrativas se apartaban de lo previsto en las normas jurídicas, y con conocimiento de su injusticia.

Así, Isaac Valencia Domínguez, el alcalde, y Juan Carlos de Tomás Martí, el secretario municipal, actuando conjuntamente, concedieron una licencia sin esperar a la culminación del proceso legalmente establecido relativo a la modificación del Plan General de Ordenación Urbana. Tampoco se preocuparon por las variaciones que pudiese sufrir la clasificación del terreno o el tipo de edificación permitida en esa parcela.

Con su actuación, además de la vulneración de ordenamiento administrativo, se afectó al suelo, llevando a cabo una construcción en un suelo cuya clasificación final se desconocía. La construcción condicionó la nueva regulación del Plan General de Ordenación Urbana, que se encontraba en tramitación en esos años, y que no se aprobaría hasta el 16 de julio de 2004. El Plan General de Ordenación Urbana incluyó la parcela sobre la que mayoritariamente se asienta el Trompo como suelo urbano no consolidado. Esta parcela se denominó Unidad de Actuación "Las Arenas".

**OCTAVO.** Obtenida la licencia de edificación, Ambrosio Jiménez Quintana prosiguió con las obras.

El día 4 de diciembre de 2004 se termina la obra para, a continuación, solicitar licencia de primera ocupación.

El 16 de septiembre de 2005, el arquitecto municipal del Ayuntamiento de la Orotava, Fernando Hernández García, en el curso del expediente administrativo tramitado para la obtención de la Licencia de Primera Ocupación del Trompo, emitió un informe poniendo de manifiesto determinados incumplimientos en la ejecución de las obras del Trompo. Entre estos incumplimientos, el arquitecto municipal puso de manifiesto que las obras no se habían adecuado al proyecto presentado para la legalización de las obras.

El 26 de junio de 2006 se otorga licencia de primera ocupación; y, el 13 de septiembre de 2006 se otorga licencia para actividades clasificadas.

**NOVENO.** El centro comercial el Trompo se construye, bajo la vigencia del Plan General de Ordenación Urbana de 1990, sobre dos parcelas. La primera de ellas, innominada, de forma triangular, y sobre la que se asienta la mayor parte de la edificación tiene una superficie de 24.334,20 metros cuadrados con un suelo clasificado como rústico, potencialmente productivo; y una parte de la parcela denominada como Sector 10, de 3.290,5 metros cuadrados, de zona verde.

El Plan General de Ordenación Urbana de 2004, redefinió la superficie de las parcelas. El edificio del Trompo, sigue asentándose en las dos parcelas anteriores. La primera, actualmente conocida como Unidad de Actuación Las Arenas, tiene una superficie de 25.847,70 metros cuadrados y la segunda, el Sector 10, de 1776,80 metros cuadrados. Ambas zonas son, tras el Plan General de Ordenación de 2004, urbanizables.





La edificabilidad, según el planeamiento, es de un metro cuadrado por un metro cuadrado. Por tanto, la edificabilidad máxima en la Unidad de Actuación Las Arenas es de 25.847,70 metros cuadrados.

La edificabilidad real de la edificación del Trompo sobre esa parcela es de 27.984,90 metros, produciéndose un exceso de 2.137,20 metros cuadrados.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Cuestiones previas. Personación de Bingo**

Con carácter previo, al inicio de la primera sesión del juicio oral, la mercantil Bingos AC Alemán Casimiro SA solicitó la personación como acusación particular, al ser titular de un local de negocios situado dentro del centro comercial del Trompo.

El escrito por el que se solicitaba la personación en la causa tuvo entrada en este Juzgado de Refuerzo el 14 de junio de 2016. En él se indicaba la condición de posible perjudicado, ante una eventual sentencia condenatoria que determinase la demolición total o parcial de este centro comercial. Según lo indicado por la defensa de Bingos AC Alemán Casimiro, SA, esta personación tiene lugar como consecuencia de las informaciones periodísticas aparecidas en la prensa en los últimos días.

Dado traslado al resto de partes, el Ministerio Fiscal entendió que no procedía la personación por defender un mero derecho civil, como es el arrendamiento. El Ministerio Fiscal señaló que este tercero debería acudir, en su caso, a un proceso civil.

La acusación representada por el grupo IPO los Verdes, se adhirió a lo manifestado por el Ministerio Fiscal.

Las defensas, en resumen, rechazaron la personación de esta mercantil como acusación particular, entendiendo que el plazo para la personación había precluido y que, en todo caso, de admitir la personación, debería suspenderse el procedimiento para que la nueva parte tomase conocimiento del procedimiento.

La personación de la mercantil Bingo AC Alemán Casimiro SA fue admitida. En primer lugar, nos encontramos ante una persona jurídica que podría verse afectada por hecho delictivo y de la Sentencia. El concepto de perjudicado, como persona que sufre las consecuencias negativas de un hecho descrito como delito, no exige que este perjuicio sea directo. Es evidente que la posible demolición del centro comercial el Trompo, podría afectar negativamente a los legítimos intereses de la mercantil Bingo AC.

En el mismo sentido, el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería de 1 de febrero de 2016 señalaba que; *“CUARTO .- El siguiente motivo aducido se justifica en una vulneración del derecho a la defensa y tutela judicial efectiva, así como el principio de contradicción y acusatorio, por la nulidad de la personación de las acusaciones particulares y de las indemnizaciones por daño moral concedido (...)*

*Tal pretensión no puede ser acogida.*

*(...) La personación de las acusaciones particulares no puede reputarse inválida ni nula en modo alguno. Es cierto que el delito ante el que nos encontramos, como señala reiteradamente el Tribunal Supremo, se trata de un delito que " tienen bienes jurídicos*





*protegidos cuya lesión no tiene un perjudicado concreto, al tratarse de intereses difusos que no pueden ser encarnados por ninguna persona en particular ."*

*(...) No obstante todo lo anterior, lo cierto es que los particulares que se han personado para ejercer la acusación particular, en este concreto caso, si deben reputarse perjudicados, al menos de forma indirecta por la comisión del delito, ya que los mismos son adquirentes de buena fe de las viviendas realizadas en dicho suelo, y la condena de los acusados, podrían suponer la demolición de la viviendas por ellos adquiridos. Así que pudieran ser considerados como perjudicados indirectos, y por ello, podría admitirse excepcionalmente como se ha hecho, su condición de perjudicado, y por tanto ejercer acusación particular. Como se señala en la sentencia de instancia, perjudicado es la persona que sufre en su esfera patrimonial los efectos de la acción delictiva . Partiendo de dicha acepción, es evidente que el desarrollo de la causa puede provocar entre sus efectos y como consecuencia de lo señalado en el artículo 319.3 del Código Penal , la posible demolición de sus viviendas.*

*Según señala la doctrina el "perjudicado" es la persona que ha sufrido, efectivamente, los daños civiles producidos por el delito. Partiendo de lo anterior, es evidente que en el delito que nos ocupa, podemos afirmar que la sociedad sería el sujeto pasivo del delito y, por tanto, también "agraviado" por el mismo. Pero en los casos en que, de la comisión de los delitos del art. 319 CP se pudieran derivar daños civiles en los suelos y lugares allí previstos, podríamos afirmar que también serían "perjudicados" no sólo la propia sociedad, sino también los concretos titulares de las viviendas que pudieran ser demolidas. Efectivamente, en los supuestos en que, se constate la existencia de terceros de buena fe adquirentes de la vivienda, que pudiera ser derivada como consecuencia de la condena penal, dichos terceros puede tener intervención en el proceso como perjudicado, exigiendo la indemnización oportuna, ostentando por tanto legitimación activa para el ejercicio de las pretensiones civiles en el proceso penal, como ocurre en este caso (...)"*. (El subrayado es mío).

Si bien en el ejemplo jurisprudencial parcialmente reproducido, los perjudicados personados eran los titulares de la vivienda, en lugar de los titulares de un local de negocio (folio 2135 de la causa), nada obsta para aplicar dicha doctrina a este procedimiento. La posible pérdida del local, del negocio que existe en este local, o incluso la mera afectación al desarrollo de la actividad cotidiana de ese local de negocio es un daño. Y todo ello aunque el derribo no se lleve a cabo sobre ese concreto local.

En segundo lugar, sentada la condición de perjudicado, la personación no es extemporánea. Es cierto que los artículos 761 en relación con los artículos 109 y 110 de la LECRIM fijan de forma clara, y evidente, el trámite de calificación del delito como el momento preclusivo para la personación en el procedimiento de los perjudicados y ofendidos.

Ahora bien, estos preceptos han sido interpretados por el Tribunal Supremo en el sentido de admitir la personación hasta un momento posterior, el de la vista, si bien sin retrotraer, en ningún caso, las actuaciones por este motivo.

La STS de 27 de septiembre de 2012 y la STS de 18 de febrero de 2005 declaran que *"la regulación del modo y manera en que las víctimas pueden personarse en el procedimiento ha sufrido modificación en el transcurso de este procedimiento. El antiguo artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remitía a los artículos 109 y 110 del mismo texto legal, lo que llevaba a la interpretación de que su personación sólo se podía realizar antes del trámite de calificación. Esta interpretación, excesivamente rigurosa, no encaja con el principio de igualdad de armas, tanto de la acusación como la defensa, por lo que debe ser analizado en el*





*momento de producirse la personación cuando todavía no había entrado en vigor la actual redacción. El vigente artículo 785.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal soluciona el problema, ajustándose más a la previsión constitucional y exigiendo que, en todo caso, aunque la víctima no sea parte en el proceso deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de la celebración del juicio. Con la actual regulación quedan sin efecto las previsiones del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no hay obstáculo para que si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación "apud acta" incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso. En todo caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento del sesión previsto en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones".*

En definitiva, y con las limitaciones establecidas en la doctrina jurisprudencial, es posible la personación de una acusación particular hasta el mismo momento de la vista del juicio oral. La incorporación de esta acusación no puede, sin embargo, determinar la suspensión del acto de juicio oral, si no se introducen conclusiones diversas a las del resto de acusaciones ya personadas. Esto es, lo que no puede suponer la personación tardía es que pueda verse afectado el derecho de defensa. La suspensión sólo está prevista desde la perspectiva de la defensa, del derecho de esta a conocer plenamente la acusación y poder contrarrestar sus argumentos.

Por ello, se admitió la personación de Bingo AC. Esta cumple con el requisito de ser perjudicada, al menos como posible perjudicada, y con el requisito de ejercitar la acción particular en tiempo y forma.

La Abogada de Bingo AC Alemán protestó la decisión de no suspensión del acto del juicio.

En la segunda sesión de juicio oral, y atendiendo a que la posición jurídica de Bingo AC Alemán podría estar más cercana a los intereses de la defensa que a los de una acusación, decidió finalmente retirarse del procedimiento, indicando su intención de participar nuevamente en este procedimiento en caso de Sentencia condenatoria que acordase el derribo del edificio.

Al comienzo de la segunda sesión del juicio oral, se tuvo por apartado a Bingo AC Alemán.

## **SEGUNDO. Cuestiones previas planteadas por la defensa del acusado Ambrosio Jiménez.**

### **A) Vulneración del artículo 24 CE.**

En primer lugar, la defensa del acusado planteó la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española a un proceso sin dilaciones indebidas. El planteamiento de esta cuestión lo fue a efectos meramente formales, esto es, a fin de interponer, en su caso, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dado traslado de esta cuestión al resto de partes, se tuvieron por realizadas las alegaciones a los efectos meramente formales. La existencia de retrasos o paralizaciones en la causa podrán ser valoradas, en caso de Sentencia condenatoria, mediante la aplicación de la





atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal.

## **B) Vulneración del artículo 24 CE por permitir la personación de la acusación popular.**

En segundo lugar, la defensa alegó la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española por permitir la personación de la acusación popular ejercida por el partido político IPO-Los Verdes en el acto de la vista.

Este motivo se rechazó. El partido político IPO-Los Verdes no se personó en el acto de la vista como afirmaron las defensas.

La personación de esta acusación popular tuvo lugar durante la instrucción de la causa. Es más, la denuncia que da lugar a la incoación de las diligencias previas sobre los hechos enjuiciados se presenta por este grupo político.

Lo que aquí ha ocurrido es que la acusación popular no presentó en plazo el escrito de calificación. Ahora bien, esta falta de presentación en plazo no puede servir de pretexto para expulsar a la acusación popular de forma automática.

La consecuencia de esta falta de presentación del escrito es la imposibilidad de la acusación popular de modificar los hechos recogidos en la calificación primera del Ministerio Fiscal. La fijación de los hechos ha quedado limitada, únicamente, a lo señalado en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

El escrito de acusación que presentó la acusación popular, (folio 2053) se limita única y exclusivamente a adherirse al escrito del Ministerio Fiscal, sin incluir ningún tipo de alegación complementaria. El escrito no introduce nuevos hechos, ni pide nada distinto de lo solicitado por el Ministerio Fiscal.

Este escrito de acusación se unió a la causa, teniendo por hechas las manifestaciones que en él se contenían, mediante Providencia de 26 de mayo de 2016.

Esta Providencia se recurrió mediante escritos de la defensa de Isaac Valencia, recibido el 9 de junio de 2016; y de Juan Carlos Tomás Martí, el 14 de junio de 2016. Ante la imposibilidad de tramitar los mencionados recursos de reforma, dada la cercanía del juicio oral, se resolvieron estos recursos en las cuestiones previas del juicio oral, dando los preceptivos traslados a las partes.

En todo caso, como se ha adelantado, no nos encontramos ante una nueva personación, ni ante un verdadero escrito de acusación, sino ante un escrito que no añade nada distinto, ni concede facultades distintas a la acusación popular de las que ya tenía al haberse personado durante la causa. Tampoco se ve afectado, en modo alguno, el derecho de defensa, puesto que no se introducen hechos ni calificaciones distintas de las ya conocidas por las partes.

La Providencia recurrida, de mero trámite, se limita a unir el escrito al procedimiento, y a constatar la unión. La expresión “se tienen por hechas las manifestaciones” no puede entenderse de forma distinta a la aquí expresada.

Por ello, se desestimó el recurso contra la anterior Providencia.

En ningún momento se ha visto afectado el derecho de defensa de los acusados. Por ello se acordó la continuación del juicio.





### C) Prescripción.

En tercer lugar, la defensa de Ambrosio Jiménez alegó que los hechos se encontraban prescritos. La defensa entiende que, de conformidad con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, el centro comercial el Trompo se construyó en el año 2002, y que a su defendido no se le toma declaración, como imputado, hasta el año 2006, por lo que habrían transcurrido más de 3 años; fecha fijada en la ley para entender que la prescripción ha tenido lugar.

La prescripción, como causa extintiva de la responsabilidad criminal, supone una dejación del deber de perseguir delitos y del derecho del Estado a imponer una pena en atención al tiempo transcurrido entre el delito y la investigación o enjuiciamiento del delito.

La prescripción, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.1.6 del Código Penal), que opera por el transcurso del tiempo señalado en la Ley (art. 131 del Código Penal), sin que se haya adoptado ninguna resolución judicial motiva que dirija el procedimiento frente al culpable (art. 132.2 del Código Penal).

En cuanto a las actuaciones que interrumpen el plazo de prescripción, la vaguedad de la Ley ha provocado que hayan sido los Tribunales de Justicia los que, mediante sus resoluciones, hayan conferido a determinadas resoluciones la virtud de interrumpir dicho plazo de prescripción. Entre ellas, podemos citar, las SSTs de 1 de marzo de 2005, 15 de septiembre de 2010, 5 de noviembre de 2010 o 26 de noviembre de 2012.

A modo de resumen, la jurisprudencia del Tribunal Supremo indica que son resoluciones que interrumpen la prescripción todas aquellas que *“un contenido sustancial propio de la puesta en marcha y prosecución del procedimiento demostrativas de que la investigación o tramitación avanza y progresa, consumiéndose las sucesivas etapas previstas por la ley o que demanden principios constitucionales o normas con influencia en derechos fundamentales de naturaleza procesal, superando la inactividad y la paralización”* (STS de 5 de noviembre de 2010).

Para valorar la existencia de la prescripción, es preciso atender, en primer lugar, a la calificación jurídica de los hechos imputados al acusado. Según el escrito de acusación del Ministerio Fiscal nos encontramos ante un delito contra la ordenación del territorio de los artículos 319.1 y .2 del Código Penal. En el momento de los hechos, la pena más grave contemplada para estos preceptos era la pena de prisión de hasta 3 años.

El plazo de prescripción para los delitos cuya pena de prisión, en abstracto, no excedía de 3 años de prisión era de 3 años, según la redacción del art. 131 del Código Penal con anterioridad a la reforma de 23 de junio de 2010.

Por tanto, el transcurso de tres años sin que se haya adoptado una resolución interruptora de la prescripción produciría, *ex lege*, la imposibilidad de condenar, e incluso de enjuiciar, a Ambrosio Jiménez por estos hechos.

No obstante, en el presente procedimiento, y respecto de Ambrosio Jiménez, no se ha producido la prescripción.

El *dies a quo*, esto es, el día inicial para determinar el inicio de la prescripción es el de comisión del hecho de apariencia delictiva. Este hecho, en el caso de los delitos contra la ordenación del territorio, tiene lugar en el momento en que se termina la construcción o la edificación. Nos encontramos ante un delito de efecto permanentes, que se comete durante todo el tiempo que se construye el edificio, y cuya consumación final se produce en el momento que se terminan las obras. Se trata de un delito cuya comisión abarca desde el inicio de las obras hasta el final de estas.





En el presente supuesto, no ha sido posible determinar el momento exacto en que se llevó a cabo la finalización material del edificio. No obstante, se puede fijar como fecha aquella que aparece en el certificado final de obra (folio 653). El certificado final de obra, como documento elaborado por un arquitecto o un ingeniero, recoge la fecha en la que las obras se tienen por terminadas.

Por tanto, la fecha de terminación de obras es el 2 de diciembre de 2004. No puede atenderse, como pretende la defensa, a una interpretación literal y no ajustada al verdadero sentido del escrito del Ministerio Fiscal, en el párrafo tercero del folio 1701 de la causa. La expresión “obra ya construida” debe entenderse como obra cuya construcción ya ha sido iniciada. En todo caso, y con independencia de lo manifestado en el escrito del Ministerio Fiscal, lo cierto es que a los efectos de este procedimiento, debe entenderse que la construcción del centro comercial el Trompo finalizó el 2 de diciembre de 2004.

En cuanto al *dies ad quem*, o fecha en la que se entiende que el procedimiento se dirige contra el acusado Ambrosio Jiménez, es aquel en el que se le atribuye su participación en los hechos objeto de investigación y posterior acusación.

Entiendo que el procedimiento se dirige contra el acusado Ambrosio Jiménez en el momento en que se le notifica la existencia del procedimiento, y este tiene constancia de los hechos que se le imputan. Esta circunstancia tiene lugar el 15 de septiembre de 2006, fecha en la que se toma declaración en el Juzgado de Instrucción de La Laguna (folio 496 y ss). Pese a que la Providencia de 12 de mayo de 2006 (folio 451 de la causa) hace referencia a la citación del promotor de la obra, lo cierto es que Ambrosio Jiménez no tiene conocimiento de los hechos que se le atribuyen hasta que acude al Juzgado de Instrucción.

En todo caso, entre el 2 de diciembre de 2004 y el 15 de septiembre de 2006 no transcurren tres años. Los hechos no están prescritos respecto del acusado Ambrosio Jiménez Quintana.

#### **D) Cosa Juzgada**

En cuarto lugar, la defensa de Ambrosio Jiménez alegó que concurría la excepción procesal de cosa juzgada, entendiendo que los hechos objeto del presente procedimiento ya habían sido objeto de investigación en las Diligencias Previas 1446/2006 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de la Orotava. Estas Diligencias fueron provisionalmente archivadas mediante el Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 5 de mayo de 2016 como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Isaac Valencia Domínguez frente al Auto de Transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, de 1 de septiembre de 2015. Las demás defensas se adhirieron a la alegación de cosa juzgada.

La cosa juzgada es una institución de derecho material y procesal que impide un segundo enjuiciamiento sobre unos hechos ya enjuiciados. Reproduzco, parcialmente, la STS de 5 de diciembre de 2012, que analiza detalladamente la institución de la cosa juzgada y que señala: *“la eficacia de la cosas juzgada consiste en aquélla que producen las sentencias de fondo y otras resoluciones a ellas asimiladas (como los autos de sobreseimiento libre) por la cual no pueden ser atacadas en otro proceso posterior relativo al mismo objeto antes enjuiciado y ya*





*definitivamente solventado (STS. 1375/2004 de 30.11)” (El subrayado es mío).*

Debe destacarse que la defensa de Ambrosio Jiménez aporta dos Autos judiciales. El primero de ellos atendiendo a su fecha es el Auto de Transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de la Orotava de 1 de septiembre de 2015 (folios 2161 y ss). En este Auto se adoptan dos decisiones, una de ellas la continuación del procedimiento respecto del allí investigado Isaac Valencia y, en relación con el investigado Ambrosio Jiménez, se acuerda el sobreseimiento libre de la causa por prescripción.

En relación con Isaac Valencia, su representación procesal presenta un recurso de apelación contra este Auto, que es resuelto por el Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 5 de mayo de 2016 en el que, tras exponer los razonamientos jurídicos correspondientes, acuerda el “sobreseimiento provisional de la causa”.

Pues bien, el sobreseimiento provisional no es una resolución que pueda producir el efecto de cosa juzgada. El sobreseimiento provisional, según el art. 641 de la LECRIM; tiene lugar cuando no existen indicios suficientes de la perpetración de un determinado delito, o bien no existen suficientes indicios para continuar el procedimiento contra una persona determinada. En ambos casos, este sobreseimiento no impide que el procedimiento pueda volver a activarse en caso de que aparezcan nuevos datos reveladores de la comisión de un delito.

En este sentido, es conveniente traer a colación la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de junio de 2016 (Asunto C-486/14), referido a la posibilidad de enjuiciar hechos por lo que en otro país de la Unión Europea se han abierto diligencias penales pero estas han sido sobreseídas. Dice la Gran Sala que “... *el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el principio non bis in idem recogido en el artículo 54 del Convenio de aplicación (se refiere al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen (Luxemburgo) el 19 de junio de 1990; que entró en vigor el 26 de marzo de 1995), interpretado a la luz del artículo 50 de la Carta (se refiere a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), debe entenderse en el sentido de que una resolución del Ministerio Fiscal por la que se sobreseen las diligencias penales y se cierra con carácter definitivo, sin perjuicio de la eventualidad de una reapertura del procedimiento o de una anulación de la resolución, el procedimiento de instrucción seguido contra una persona, sin imponerle sanciones, puede calificarse de resolución firme, en el sentido de esos artículos, cuando dicho procedimiento se ha cerrado sin haber llevado a cabo una instrucción en profundidad.*

*33 Como indica literalmente el artículo 54 del Convenio de aplicación, ninguna persona podrá ser perseguida en un Estado contratante por los mismos hechos por los que ya haya sido «juzgada en sentencia firme» en otro Estado contratante.*

*34 Para que una persona pueda considerarse «juzgada en sentencia firme» por los hechos que se le imputan, en el sentido del citado artículo, es preciso, en primer lugar, que la acción pública se haya extinguido definitivamente (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2014, M, C-398/12, EU:C:2014:1057, apartado 31 y jurisprudencia citada).*

*35 La apreciación de este primer requisito debe efectuarse con arreglo al Derecho del Estado contratante que haya dictado la resolución penal de que se trata. En efecto, una resolución que, de acuerdo con el Derecho del Estado contratante que ha incoado diligencias penales*





contra una persona, no extingue definitivamente la acción pública en el ámbito nacional no puede, en principio, constituirse en un impedimento procesal para que en otro Estado contratante se inicien o prosigan diligencias penales por los mismos hechos respecto a dicha persona (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de diciembre de 2008, Turanský, C-491/07, EU:C:2008:768, apartado 36, y de 5 de junio de 2014, M, C-398/12, EU:C:2014:1057, apartados 32 y 36) (...) (El subrayado es mío).

En resumen, y aún en el caso que nos encontrásemos ante los mismos hechos, lo cierto es que conforme al derecho español, el auto de sobreseimiento provisional no extingue la acción penal; la acción pública, en los términos de la Gran Sala. El que la resolución se dicte en un mismo Estado o en dos Estados diferentes no afecta a la solución indicada.

Por tanto, y en relación con Isaac Valencia, no puede plantearse ni siquiera la concurrencia de la excepción de cosa juzgada, dado que no ha recaído ninguna resolución judicial que produzca efectos de cosa juzgada.

En cuanto al acusado Ambrosio Jiménez Quintana, sigue diciendo la STS de 5 de diciembre de 2012, en relación con la cosa juzgada, que: *“Una doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE . y también el art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental que sanciona el principio de legalidad.*

*En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 3154/90 de 14.10), y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29.4.93, 22.6.94, 17.10.94, 20.6.97, 8.4.98) que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio "non bis in idem", el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE, como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito.*

*Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, (...).*

*La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona (STS. 24.4.2000), (...).*

*Sin embargo, y según la misma doctrina, para que opere la cosa juzgada, siempre habrán de tenerse en cuenta cuales son los elementos identificadores de la misma en el proceso penal y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos. STS. de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 octubre y 12 de diciembre 1994, 20 junio y 17 noviembre 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998. Por tanto, los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal:*

1. identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.





## 2. identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas.

*El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.*

*Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta) que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso (...). (El subrayado es mío).*

Como se ha dicho, la única resolución definitiva es el Auto de 1 de septiembre de 2015 en el que se acuerda el sobreseimiento libre de la causa respecto de Ambrosio Jiménez Quintana.

En relación con este acusado debe analizarse si los hechos que recoge el Auto de 1 de septiembre de 2005 son idénticos, o sustancialmente idénticos, a los hechos objeto del presente procedimiento.

Este Auto dice: *“...no consta que (Ambrosio Jiménez Quintana) tan siquiera hubiera respetado las previsiones normativas, establecidas en el Plan Parcial modificado aprobado en el 23 de mayo del año 2000, que obligaban a reservar un porcentaje determinado de terreno para zonas verdes, espacios libres públicos, dotaciones públicas o viales, previsiones que se encontraban perfectamente delimitadas en la normativa urbanística y territorial de aplicación y sobre plano, tal y como resulta del dictamen pericial emitido al efecto por el perito judicial, dicha infracción ...”*. Es decir, lo que se investigaba era la falta de respeto al Plan Parcial aprobado el 23 de mayo de 2000, en relación con la cesión al Ayuntamiento de determinados espacios para su destino a zonas verdes, espacios libres.... Esta falta de cesión se refiere al terreno conocido como “Sector 10- Las Arenas”.

Frente a esto, en el presente procedimiento, lo que se le atribuye a Ambrosio Jiménez, como promotor y construcción, es la edificación de un espacio multiusos, conocido como el centro comercial “El Trompo” que, según el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, se encuentra en su mayoría en un terreno anejo al Sector 10.

Adelantando el contenido de la presente resolución, lo cierto es que el Trompo se edificó en su mayor parte, sobre una parte del Plan Parcial Las Arenas, anejo al Sector 10, y, en una franja de terreno de 3.290,5 metros cuadrados, sobre el Sector 10, en concreto sobre una parte destinada a zonas verdes y viales. Ahora bien, aunque parcialmente nos encontramos ante la misma parcela, los hechos objeto de investigación y enjuiciamiento son distintos. No puede identificarse el hecho de construir una edificación no autorizable con el hecho de no cumplir con la obligación de reserva de un terreno para un uso ajeno a la construcción. Del Auto aportado no se puede concluir sobre qué zona del sector 10 se tenía que dejar libre para el destino de zonas verdes y espacios libres. El sector 10, como se puede observar en todos los planos de la zona obrantes en la causa (v. gr. folio 2226) es una parcela de dimensiones considerables. La defensa no ha acreditado que la zona sobre la que se construyó el Trompo fuese misma la zona que Ambrosio Jiménez tuviese que reservar para zonas verdes, espacios libres...

Por ello, no concurre la identidad de hechos que se exige como para apreciar la excepción de cosa juzgada. Debe continuarse, en consecuencia, con el procedimiento.





### **E) Proposición de prueba**

En quinto lugar, la defensa de Ambrosio Jiménez propuso prueba documental, que fue admitida e incorporada a las actuaciones.

### **F) Ausencia de Ambrosio Jiménez en juicio**

En sexto lugar, la defensa solicitó que Ambrosio Jiménez fuese eximido de comparecer al resto de sesiones del juicio oral, dado su estado de salud, aportando, al efecto, documentación médica.

El primer día del juicio oral se acordó la elaboración de un informe médico forense para corroborar estos extremos.

Recibido el informe médico forense, que obra a los folios 2332 y 2333, se denegó dicha petición. El informe médico forense concluye que el acusado *“no presenta descompensación de sus patologías, desempeñando con regularidad sus quehaceres laborales habituales y de la vida cotidiana, por lo que se le considera apto para la asistencia a juicio oral”*.

La defensa de Ambrosio Jiménez formuló protesta respecto de la resolución de todas aquellas cuestiones previas perjudiciales, a efectos de interponer recurso de apelación.

## **TERCERO. Cuestiones previas planteadas por la defensa del acusado Juan Carlos de Tomás Martí.**

### **A) Prescripción respecto del delito del artículo 319 del Código Penal.**

Se dan por reproducidas las consideraciones generales respecto de la prescripción que se indicaron en el Fundamento Jurídico Segundo.

En cuanto a la fijación del *dies a quo*, este es, como se ha indicado, el 2 de diciembre de 2004, fecha en que tiene lugar el otorgamiento del certificado final de obra.

En cuanto al *dies ad quem* es aquel en el que el procedimiento se dirige contra el investigado, esto es, el 2 de noviembre de 2010. Esta es la fecha en la que por primera vez se le toma declaración, como imputado, al acusado Juan Carlos de Tomás Martí.

Ahora bien, admitiendo a los meros efectos de pronunciarme sobre la prescripción que la persona que ocupa el cargo de secretario general de un Ayuntamiento pueda ser considerado como “promotor”, en el sentido del artículo 319 del Código Penal, los hechos no están prescritos.

El Ministerio Fiscal atribuye a Juan Carlos de Tomás los delitos de prevaricación urbanística y contra la ordenación del territorio. Pese a que nada se diga en el escrito de acusación, es evidente que entre ambos hechos existe una conexión jurídica. Se podría decir que, a nivel jurídico, la prevaricación sirve como medio para la promoción de la construcción en suelo rústico. Esto es, el hecho atribuido al secretario del Ayuntamiento, consistente en que se lleven a cabo resoluciones administrativas contrarias a derecho, permite la edificación en una zona prohibida.





Esto es, jurídicamente, nos encontramos ante dos hechos dependientes uno del otro. La relación entre ambos se rige por las reglas del concurso medial, esto es, del artículo 77 del Código Penal. La consecuencia de ello, en sede de prescripción, es que sólo puede tenerse en cuenta el delito cuyo plazo de prescripción sea más largo. En el presente supuesto, el delito del artículo 320 del Código Penal, prevé penas de hasta 10 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público por remisión al artículo 404 del Código Penal. En este caso, los hechos delictivos no prescriben hasta los 10 años, de conformidad con el artículo 131 del Código Penal.

Así, en relación con la prescripción del delito medial, las SSTS de 23 de enero de 2006, 29 de noviembre de 2006 o 6 de junio de 2007. Recientemente, la STS de 14 de julio de 2015 que, recogiendo la tesis anterior señala: *"1. Esta Sala ha entendido, STS nº 1006/2013, de 7 de enero de 2014, que "en los supuestos de concurso medial el plazo de prescripción del conjunto delictivo será el que corresponda al delito más grave". Pero la apreciación de los distintos delitos imputados a una persona como una unidad material no se limita, a los efectos de la prescripción, a los casos de concurso ideal o medial, sino que alcanza a otros supuestos en los que los distintos delitos se relacionan constituyendo una unidad delictiva cohesionada materialmente, como ocurre cuando un delito es un medio para ocultar o agotar otro, supuestos en los que no se aprecian los fundamentos de la prescripción para llegar a acordarla separadamente para alguno de los delitos integrados en aquella unidad. De forma más amplia se formulaba en la STS nº 1444/2003, de 6 de noviembre, en la que se decía que "cuando de infracciones especialmente vinculadas se trata, (...), no cabe apreciar la prescripción autónoma de alguna de las infracciones enjuiciadas aplicando plazos de prescripción diferenciados por paralización del procedimiento (STS de 29 de julio de 1998, 12 de mayo y 21 de diciembre de 1999, 14 febrero 2000 o 3 de julio de 2002, SS 31 de octubre de 2002, núm. 1798/2002)".*

*Con la denegación de la prescripción en estos supuestos se da aplicación al acuerdo alcanzado en la Sala General celebrada el 26 de octubre de 2010, según el cual se ratificaba su doctrina en el sentido de que "En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado", fórmula que luego fue introducida en el Código Penal en la reforma operada por la LO 5/2010. Esta consagración legal no impide su aplicación a hechos ocurridos con anterioridad pues esa era la doctrina jurisprudencial, interpretativa de la legalidad previamente vigente. Doctrina igualmente aplicada en otras sentencias de esta Sala como la STS 1100/2011, que, con cita de la STS núm. 912/2010, señalaba que "... que no cabe operar la prescripción, en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlos como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado, no pudiendo apreciarse la prescripción autónoma de las infracciones enjuiciadas...". En sentido similar, señalando que " el proceso contiene una pluralidad de acciones y dada su conexidad, la prescripción queda condicionada al delito más grave " mas recientemente, la STS nº 284/2015, de 2 de mayo (...)"*. (El subrayado es mío).

Ahora bien, más correctamente, cabría hablar de un concurso de acciones de ejecución sucesiva, que se debe resolver conforme a las reglas del concurso medial. Dice la STS de 22 de noviembre de 2012, *"...para la atribución de responsabilidad penal a los implicados en un concurso de acciones de ejecución sucesiva, no basta constatar la existencia de un engarce puramente objetivo entre éstas, cual si pudieran producir consecuencias penales indiscriminadamente para la totalidad de los implicados, al margen del propósito, las*





representaciones, las relaciones e incluso la propia intervención de los mismos en el momento de ejecutarlas. En efecto, pues para que, en supuestos como el que se contempla, la ejecución de un acto criminal posterior retroactúe, a efectos de prescripción, en la esfera de uno de los previamente implicados en esa secuencia, es preciso que pueda imputársele alguna forma de participación en él. Lo que, trasladado al caso de la recurrente, supone que si no hay nada del delito de prevaricación urbanística susceptible de reprochársele por algún título de imputación, la sola implicación en los delitos de falsedad y contra la ordenación del territorio no basta, por más que entre las conductas constitutivas de éstos y la de aquél sea materialmente constatable la existencia de un nexo, como el que aquí ha visto la sala, y que realmente concurre, bien que en ese solo plano.

Como se dice en la STS 813/2012, de 17 de octubre, en el caso de las actividades delictivas complejas, el tratamiento de los concursos mediales desde el punto de vista del cómputo de la prescripción, debe partir de la premisa de que el plazo para la del delito fin solo puede superponerse, hasta prevalecer, sobre el previsto para la del delito medio, ampliándolo, en el caso de que aquél, constase cometido antes de que éste, en sí mismo considerado, hubiese prescrito. Pero entiéndase bien, siempre y solo cuando su autor hubiera tenido también una implicación relevante en la ejecución del segundo cometido. (El subrayado es mío).

Es decir, el delito de prevaricación urbanística absorbe, o mejor dicho, amplía el plazo de prescripción del delito contra la ordenación del territorio siempre que, como es evidente, la intervención por parte de Juan Carlos de Tomás hubiese sido relevante para la comisión de este delito contra la ordenación del territorio.

Y, por tanto, admitiendo la posibilidad de que el secretario general de un ayuntamiento pueda ser considerado como promotor, o mejor dicho, haya cooperado necesariamente para la ejecución de este delito, es evidente que ha participado de ambos hechos de forma relevante. En definitiva, y aplicando la anterior doctrina, ninguno de los delitos atribuidos a Juan Carlos de Tomás Martí se encuentran prescritos. Para ello, debe tenerse en cuenta únicamente el delito con un plazo de prescripción más largo.

En consecuencia, se desestima la alegación de prescripción respecto del acusado Juan Carlos de Tomás Martí por el delito del artículo 319 del Código Penal.

## **B) Nulidad de las actuaciones por vulneración del artículo 24 CE.**

La defensa del acusado Juan Carlos de Tomás Martí alegó, en síntesis, que concurría una causa de nulidad, la de indefensión del artículo 24 CE. Esta indefensión se produce, a su juicio, por no haberle dado traslado de toda la causa. Según la defensa, pese a requerir del Juzgado de Instrucción en numerosas ocasiones que se le diese traslado íntegro de la causa foliada, esto no se produjo. La defensa indicó que la Providencia de 8 de septiembre de 2015 acordaba que se le diese traslado de toda la causa, pero que este traslado no se había efectuado, por lo que el 17 de septiembre de 2015 solicitó la suspensión del plazo para presentar escrito de defensa y la entrega de toda la causa. Según la parte, esta petición fue desestimada por Providencia de 21 de septiembre de 2015, dado que desde el año 2010, Juan Carlos Martí estaba representado por el señor Procurador Juan Porfirio Hernández Arroyo.

Asimismo, el abogado de Juan Carlos de Tomás Martí resaltó las siguientes actuaciones:





El 23 de septiembre de 2015 la defensa interpone recurso de reforma frente a la Providencia de 21 de septiembre de 2015

El 24 de septiembre de 2015 Juan Carlos de Tomás Martí presenta escrito de defensa haciendo constar que no dispone de toda la documentación para la adecuada defensa de sus intereses.

El 28 de septiembre de 2015 se dicta Providencia por la que se acuerda la remisión del procedimiento al Juzgado de lo Penal, indicando que el recurso de 23 de septiembre de 2015 carece de objeto al haberse presentado ya el escrito de defensa.

El 2 de octubre de 2015, la defensa interpone recurso de reforma frente a la Providencia de 28 de septiembre de 2015. Dicho recurso no es admitido a trámite al tratarse de una resolución no recurrible en reforma.

Además, esta parte indicó que, en la fecha de la primera sesión de juicio oral, aún no disponía de toda la documentación de la causa.

En apoyo de sus pretensiones la defensa citó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 28 de mayo de 2005.

Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal manifestó que procedía rechazar la alegación de nulidad formulada, ya que la parte sí había tenido a su disposición las actuaciones, estando personado desde finales de 2014. Es más, entiende el Ministerio Fiscal que el actual Abogado del acusado Juan Carlos Martí, ha pedido el sobreseimiento de la causa una vez personado y que, no es posible solicitar el sobreseimiento de la causa sin conocer los datos obrantes en esta.

La acusación particular se adhirió a lo manifestado por el Ministerio Fiscal. Las demás defensas se adhirieron a lo manifestado por la defensa de Juan Carlos de Tomás.

En el acto del juicio oral se rechazó la petición de nulidad efectuada. La defensa de Juan Carlos Martí sí ha tenido la causa a su disposición, tanto en el Juzgado de Instrucción como en el Juzgado de lo Penal, facilitándosele el acceso a todos los tomos y a toda la documentación en todo momento.

Así, consta en la causa que Juan Porfirio Hernández Arroyo, procurador de Juan Carlos de Tomás, ha retirado los tomos de la presente causa, quedando reflejada esta circunstancia mediante diligencia de constancia (folios 1819, 1820, 1827, 1828, 1831 y 1832). Pero como indica el Ministerio Fiscal, el 5 de enero de 2015, el actual Abogado de Juan Carlos de Tomás (folios 1563 y ss) solicita el sobreseimiento y archivo de la causa respecto de su defendido. Además, desde el año 2010 (folio 1237), consta que Juan Porfirio Hernández Arroyo representaba al acusado Juan Carlos de Tomás, y que tenía acceso a todo el procedimiento. Además, el señor Juan Porfirio es el representante procesal de los otros dos acusados. Los abogados de Ambrosio Jiménez Quintana y de Isaac Valencia Jiménez han tenido acceso a los mismos documentos y, en ningún momento, se han quejado o han puesto de manifiesto que no hayan tenido acceso a algún documento.

Además, el Abogado del acusado Juan Carlos de Tomás, indicó que “había mandado personal de su despacho” al Juzgado de Refuerzo de la Laguna, pero que aún así no tenía a su disposición toda la causa y que parte de la documental no estaba foliada.





En ningún momento se ha impedido al señor Abogado de don Juan Carlos de Tomás el acceso al procedimiento, ni a nadie de su despacho. Las actuaciones se encuentran completamente foliadas salvo aquellos documentos de la pieza documental que por su naturaleza, principalmente planos, no se pueden foliar. Ahora bien, estos planos se encuentran perfectamente identificados, separados en cajas, y a disposición de las partes. Del mismo modo, y dadas las limitaciones técnicas, no se dispone en el Juzgado de aparatos para poder fotocopiar dichos planos, pero estos se han podido consultar en la sede del Juzgado, se les ha permitido sacar fotos e igualmente, se ha permitido que se pudieran llevar consigo dichos planos siempre quedando sujetos, eso sí, a la salvaguarda de la integridad y debida custodia de la causa.

Por otra parte, la Sentencia alegada de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria citada recoge un supuesto de hecho notablemente distinto. En aquel supuesto, el acusado no había recibido, ni se le había dado traslado de ninguna actuación, de tal modo que no pudo presentar escrito de defensa ni proponer prueba. En la presente causa, la parte ha tenido acceso a todo el procedimiento, se le ha dado traslado en instrucción, a través de su procurador, ha podido y ha presentado escrito de defensa, en el que ha propuesto prueba, aunque esta sea la misma que el Ministerio Fiscal. Además, en el Juzgado de Refuerzo siempre ha tenido acceso al procedimiento y, en fase de cuestiones previas, se ha admitido toda la prueba documental y pericial aportada, como prevé la Ley. Es más, la parte presenta un informe pericial en el acto del juicio oral. ¿Cómo ha podido la parte presentar un informe pericial y, por tanto, suministrarle la información necesaria al perito para la elaboración de este informe, sin tener acceso a la causa?

En definitiva, la conclusión es que la defensa de Juan Carlos de Tomás ha tenido a su disposición el procedimiento en su integridad, lo ha conocido y ha podido preparar adecuadamente la defensa de su cliente. Nos encontramos ante una mera estrategia para retrasar el procedimiento, pretendiendo una nulidad de todo punto de vista inexistente.

### **C) Prueba**

Como cuestión previa, la defensa de Juan Carlos de Tomás Martí propuso nueva prueba consistente en documental, y en el informe pericial elaborado por Carlos Andrés Ruiz Pérez. También solicitó la declaración pericial de Carlos Andrés Ruiz Pérez e hizo suyo la proposición del perito Luciano Parejo Alfonso.

La prueba se admitió. Asimismo, dado el volumen de la documental, y el nuevo informe pericial aportado, se acordó la suspensión del juicio oral hasta la segunda sesión, para que el resto de las partes pudiesen conocer el contenido del informe pericial.

La defensa de Juan Carlos de Tomás Martí formuló protesta respecto de la resolución de todas aquellas cuestiones previas perjudiciales, a efectos de interponer recurso de apelación.

### **CUARTO. Cuestiones previas planteadas por la defensa del acusado Isaac Valencia Domínguez.**

**A) Vulneración del artículo 24 CE por permitir la personación de la acusación popular, no habiéndose resuelto el recurso de reforma frente a la Providencia de 26 de mayo de 2016.**





En relación con la falta de resolución del recurso, en las cuestiones previas del Juicio Oral se puso de manifiesto que era cierto que no se había resuelto un recurso de reforma. Este recurso se interpuso frente a la Providencia que acordaba la unión del escrito de acusación, presentado por la acusación popular.

Pero como se reconoció en Sala, la razón por la que no se tramitó dicho recurso fue por la imposibilidad material de dar los traslados previstos en la Ley y de resolver, asimismo, dicho recurso en plazo. Por ello, y para evitar la suspensión del acto del juicio oral, se dio traslado a las partes durante la celebración de las cuestiones previas. Así, pudieron pronunciarse sobre el contenido de la Providencia que acordaba la unión del escrito de acusación de la acusación popular.

Dado traslado en el acto de la vista, el Ministerio Fiscal y la acusación popular entendieron que la Providencia era conforme a derecho, y que la acusación popular tenía derecho a participar en el acto del juicio oral. Las defensas consideraron que no cabía dicha personación de la acusación popular.

Dado que esta cuestión ya ha sido resuelta, me remito al Fundamento Jurídico Segundo apartado B de esta resolución.

#### **B) Prescripción del delito contra la ordenación del territorio.**

La defensa del acusado, Isaac Valencia alegó que el delito contra la ordenación del territorio se encontraba prescrito, dado que no es hasta el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, en el año 2015, el momento en que por primera vez se hace referencia a la existencia de tal delito. Según la defensa, en la causa no se había hecho referencia a ese concreto tipo delictivo.

La alegación de prescripción se desestima. La investigación criminal no se refiere nunca a calificaciones jurídicas, sino a hechos. La calificación del Ministerio Fiscal es fundamental a la hora de dar nombre jurídico a los hechos que se investigan para posteriormente, entre otras finalidades, valorar el transcurso de los plazos de prescripción. Pero lo que no puede señalarse es que la falta de mención de este "*nomen iuris*" a lo largo de la causa equivalga al desconocimiento de los hechos imputados, o que equivalga a que estos hechos no hayan sido objeto de la investigación.

Desde el primer momento el acusado tuvo conocimiento de las realidades fácticas que estaban siendo objeto de investigación, no pudiendo escudarse en que desconocía su calificación jurídica.

Por otra parte, respecto a la posible prescripción del delito del artículo 319 del Código Penal, me remito a lo señalado en el Fundamento de Derecho Tercero A) de esta resolución, en relación con el concurso medial y la prescripción en esta clase de delitos.

Por ello, se desestima la alegación de prescripción.

La defensa de Isaac Valencia Domínguez formuló protesta respecto de la resolución de todas aquellas cuestiones previas perjudiciales, a efectos de interponer recurso de apelación.





## **QUINTO. Valoración de los hechos declarados probados.**

### **A) Hecho probado numerado como primero.**

En el primer hecho probado recoge la identificación de los tres acusados. En cuanto a la profesión o cargo de los acusados, este ha sido reconocido, además de constar documentalmente a lo largo de la causa.

Además, en el caso de Isaac Valencia Domínguez es un hecho notorio que ocupó el puesto de alcalde de la Orotava durante unos treinta años. También es un hecho notorio la condición de empresario y promotor urbanístico de Ambrosio Quintana Jiménez.

### **B) Hecho probado numerado como segundo.**

En cuanto a la fecha de construcción del edificio multiusos conocido como el Trompo no es posible conocer, con exactitud, en qué momento se inició su construcción. Como fecha aproximada se puede señalar que fue en la segunda mitad del año 2001.

Esto ha quedado acreditado por las visitas realizadas por la policía local, el 15 de noviembre de 2001 (folio 4), y el 19 de febrero de 2002 (folio 6), por la visita del técnico municipal Melecio Tamajón Hernández, de 3 de mayo de 2002, por la declaración del testigo Manuel González Álvarez, por las fotografías obrantes en las actuaciones (folios 153 y 154), y por las fotografías obtenidas a través del GRAFCAN de los folios 772 y ss.

En el folio 4, relativo a la visita de 2001, la Policía Local de la Orotava señala que se están llevando a cabo “pilares”, siendo el polígono industrial Las Arenas, el lugar en el que se lleva a cabo la notificación de la visita.

En el folio 6, relativo a la visita de 2002, la Policía Local de la Orotava señala que se están llevando a cabo “naves industriales, columnas y cimentación”.

Pese a que las fotografías de los folios 153 y 154 son en blanco y negro, y de mala calidad, se puede observar como la entidad de la obra no se corresponde con la construcción de un simple muro de contención, como alegaron las defensas. La amplitud de este, y el número de pilares, no corresponde con la obra que puede esperarse de esta clase de muros, por muchos contrafuertes que sean necesarios. El propio Melecio Tamajón señaló que, a simple vista, y según sus conocimientos, no era necesario llevar a cabo una obra de esa envergadura para realizar un muro de contención. Es más, en las fotografías obtenidas del sistema GRAFCAN, en especial al folio 773, se puede observar una serie de postes o pilares no compatibles con un muro de carga o contención.

Manuel González Álvarez, concejal de la oposición en el momento de los hechos, declaró que había visitado la zona, y que se trataba de una obra de grandes dimensiones, de 2 ó 3 plantas, aunque no pudo precisar en qué momento exacto había acudido a ver las obras que se estaban realizando.

A mayor abundamiento, el 10 de julio de 2002, Ambrosio Jiménez Quintana solicita licencia para la legalización de las obras a requerimiento del alcalde, Isaac Valencia. Este, mediante Decreto de 7 de mayo de 2002, le exigía la legalización de las obras (folio 112). El Decreto de 7 de mayo de 2002 tiene como base el informe jurídico emitido por un técnico de la Administración General del Ayuntamiento, con el visto bueno del Secretario General del





Ayuntamiento (folios 8 a 11), y la Propuesta de 3 de mayo de 2002 que sirvió como base al Decreto. Este Decreto exigía a la mercantil Proyectos las Arenas para que presentaran un proyecto de legalización de las obras “en aquella parte de la misma que exceda de las previsiones puestas de manifiesto por el Ingeniero Director de las obras de legalización”.

Pues bien, esta licencia de legalización se presentó para la obra que posteriormente sería el Trompo, lo que implica que la construcción de este edificio ya se había iniciado con anterioridad. No parece lógico requerir la legalización de un edificio que no se hubiese comenzado a construir, pues nada habría que legalizar. En definitiva, el edificio del Trompo ya se encontraba en construcción desde antes de mayo de 2002, e incluso desde antes de noviembre de 2001.

En cuanto a la situación del Trompo, este ocupa dos parcelas según el Plan General de Ordenación Urbana (en adelante PGOU) de la Orotava, tanto del de 1990 como del de 2004. La mayor parte se asienta sobre el terreno adyacente al Sector 10. Tras la entrada en vigor del Plan General de 2004, esta parcela recibe el nombre de Unidad de Actuación las Arenas.

En los folios 621 a 631 se encuentra el informe de 6 de agosto de 2007 del arquitecto Fernando Hernández García, encargado del Área de Intervención Urbanística del Ayuntamiento de la Orotava. De este informe, que fue ratificado en el acto del juicio oral, se concluye que el Trompo se construyó sobre suelo rústico potencialmente productivo, vulnerando así el art. 94 de las normas urbanísticas del PGOU de 1990; que el nuevo PGOU, que entró en vigor el 16 de julio de 2004 dio una nueva categorización al suelo sobre el que se asienta el Trompo; que la modificación del Plan Parcial de 2000 no ordenó los terrenos ocupados por el Trompo, ni los adscribió al Sector 10; que el convenio de 14 de diciembre de 1999 entre el empresario Ambrosio Quintana y el Ayuntamiento tenía un carácter meramente orientativo; y, que el PGOU de 2004 tampoco incluyó el Trompo dentro del Sector 10.

Acepto y comparto las conclusiones de Fernando Hernández. No existe ningún elemento que permita dudar de la falta de interés y de la objetividad en la actuación del perito. Tampoco existe motivo conocido de amistad o enemistad con las partes, ni de interés directo o indirecto en el resultado del juicio. Su declaración y las explicaciones sobre la pericial efectuada son creíbles y, como he dicho, se corroboran con otros medios de prueba.

En cuanto a la situación exacta, como adyacente al Sector 10, así se ve en los planos aportados como pieza documental y en los planos adjuntos a los informes periciales. Así lo han declarado, también, los peritos Juan Jesús Cabrera y José Ángel Domínguez Anadón.

El terreno de esta parcela, por tanto, era rústico potencialmente productivo. Consta en el PGOU de 1990, en vigor en el momento en que se inició la construcción, y así consta también en la licencia de obra mayor (folios 45 y 46, anexos al informe de Melecio Tamajón). Además, así lo explica también el informe pericial de Rubén Henríquez Guimerá, obrante a los folios 436 a 442. Se trata de un informe claro, contundente y preciso. Según Rubén Henríquez, el suelo sobre el que se construyó el Trompo es rústico potencialmente productivo. También lo ratificó en el acto del juicio oral. Rubén Hernández explicó cómo se había iniciado la construcción en esta clase de suelo, y como se produjo un cambio en la clasificación del suelo como consecuencia del cambio de los instrumentos de planeamiento.

Los únicos instrumento normativos encargados de establecer y desarrollar la ordenación urbanística en el municipio son los recogidos en el art. 31 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8





de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias. El contenido y objeto de estos planes se explica en los siguientes preceptos del Decreto Legislativo.

No comparto la tesis de que la urbanización de la zona permite considerar que el suelo se ha convertido en urbano, o urbanizable. Esto es, que el cambio jurídico de la clasificación del suelo motivado se produce por el cambio jurídico y fáctico experimentado mediante la urbanización.

Las defensas, con base principalmente en el informe de Luciano Parejo (folios 55 y ss), acogieron esta tesis, y señalaron que el Ayuntamiento permitió la construcción bajo la conciencia de que el terreno sobre el que se edificaba se había convertido en urbano, o urbanizable.

La razón de ello es que, según las defensas, dado el enclave de la parcela, y pese a que formalmente seguía siendo terreno rústico, jurídicamente sólo quedaba su recalificación en el nuevo PGOU. Para las defensas esto se evidencia con la nueva clasificación que recibe el terreno sobre el que se asienta el Trompo tras la entrada en vigor del PGOU de 2004.

Lo alegado por las defensas no es completamente exacto. Si como estas sostienen, la elaboración de la conexión a la autopista urbanizó el terreno, el PGOU de 2004 debía haber declarado el suelo urbano o urbanizable consolidado por la urbanización. No obstante, el terreno fue declarado por el PGOU de 2004 suelo urbanizable no consolidado por la urbanización. Es decir, la transformación del suelo rústico en urbano mediante la dotación de los servicios propios de las zonas urbanas no estaba terminado, esto es, la urbanización no estaba consolidada. De ahí que el informe del técnico municipal Melecio Tamajón (folios 44 y ss, en especial el folio 44 vuelto) resulte contradictorio con lo recogido en el PGOU de 2004. ¿Cómo es posible que si el terreno ya estaba en estado culminado de urbanización, en 2002, posteriormente el PGOU de 2004, declare el terreno urbanizable no consolidado por la urbanización? Cabe poner en duda la apreciación y el informe de Melecio Tamajón.

Por ello, no puede afirmarse que la urbanización había transformado el terreno, pues la urbanización ni siquiera había concluido.

Pero, al margen de esto, no puede sostenerse que la transformación del terreno pueda operar al margen del planeamiento. Tampoco puede sostenerse que el terreno no tenía otro destino que el de ser zona urbana. Sí puede admitirse que, dada la situación y la evolución de las parcelas adyacentes, y la extensión de la carretera, con el paso del tiempo un suelo rústico no sería el adecuado. Es más, dentro de este ámbito sí cobra relevancia la teoría del cambio operado por la urbanización. Es decir, la construcción de la carretera, el hecho de que la parcela colindante sea suelo sobre el que se puede construir, al estar afectada por un Plan Parcial, que se hayan comenzado obras de urbanización, explica y justifica el cambio de la categoría del suelo, mediante la previa modificación del Plan General de Ordenación Urbana. Justifica, en definitiva, la revisión del planeamiento y su cambio. Pero no produce, *ipso facto*, ni *ipso iure*, esta transformación.

Con todo, la previsible transformación del terreno rústico en urbano no quiere decir que, necesariamente, todo el terreno fuese a ser urbano. Dentro de la parcela sobre la que mayoritariamente se asienta el Trompo podría haberse destinado alguna parte de esa parcela a zonas verdes, o incluso a un vial interno. La decisión de construcción sin esperar a la modificación del planeamiento condicionó el planeamiento. El uso del suelo se vio afectado, esto es, condicionado por la construcción del Trompo. Se sustrajo la determinación exacta del suelo al Plan General de Ordenación Urbana, al que se le impuso la nueva clasificación del





suelo. No puede afirmarse, sin duda razonable, que en la parcela no se hubiese podido reservar una parte, para un uso distinto a la construcción. Y ello bien por causas internas o externas al propio Ayuntamiento. Muestra de ello, es el folio 631, en el que se puede apreciar una modificación del sistema viario, entre el diseño inicialmente previsto en el año 2000 y el definitivo PGOU. O el folio 1026 vuelto, en el que se pueden observar los distintos coeficientes de edificabilidad de la finca, desde la previsión inicial hasta el resultado final. Este documento coincide, en cuanto a la clasificación del suelo, con el documento número 25 de los aportados por la defensa de Juan Carlos de Tomás Martí. Pero, por otra parte, incluso en una zona como la que ocupa el Trompo pueden, y deben existir, zonas libres de edificación.

En definitiva la previa construcción limitó la posterior clasificación del suelo. Se construyó en zona verde y en suelo rústico potencialmente productivo; terrenos que tardarían tres años en ser declarado como urbano. Ahí la afectación al bien jurídico protegido, al racional uso del suelo.

Lo contrario sería tanto como permitir el cambio de suelo como consecuencia de una construcción anterior. Es decir, la existencia de una construcción en un suelo no apto para construir no puede servir de pretexto para modificar un Plan General de Ordenación Urbana. No puede permitirse, ni aceptarse, que frente a cualquier actuación fuera de la norma, como lo es la construcción en terreno rústico, deba modificarse la norma, para que así se adecue a la realidad. Con esta interpretación se vaciaría de contenido la clasificación de las parcelas y la importancia de los planes generales de ordenación urbana. Se terminaría, en definitiva, con la necesidad de compatibilizar el desarrollo económico y la protección del suelo con la expansión razonada de la urbanización.

La discordancia creada entre construcción y realidad debe conllevar la adecuación de ambas. Pero esta adecuación exige la reposición del terreno a su estado original; nunca el cambio jurídico del terreno, mediante la modificación de la norma, que es lo que aquí sucedió.

El PGOU de 2004 cambió la clasificación del terreno o, mejor dicho, se vio obligado a cambiar la clasificación del terreno. Y no ya por la existencia de una urbanización incompleta, como se ha dicho, sino por la existencia de una construcción. En definitiva, se produjo una legalización sobrevenida de la construcción, lo que impide, en este momento, que lleve a cabo una adecuación del terreno a la norma jurídica, en el sentido antes expuesto.

Pero, el cambio de norma no exime ni justifica la afectación del suelo que se produjo. El bien jurídico se vio afectado. La posterior reparación no hace desaparecer la afectación. El delito no desaparece por la reparación posterior del daño. Pero es más, es cuestionable que pueda considerarse que la modificación de una norma restaura el daño causado a la racional utilización del suelo; conclusión esta que estaría sujeta a muchas precisiones. En todo caso, como se ha dicho, el uso del suelo se vio comprometido y condicionado por una construcción que, en el momento en que se llevó a cabo, era ilegal.

Tras la entrada en vigor del PGOU de 2004, la parcela sobre la que se asienta en su mayoría el edificio de el Trompo, se denomina Unidad de Actuación Parcial las Arenas (folios 622 y 623). El suelo sobre el que mayoritariamente se asienta el Trompo es urbanizable no consolidado por la urbanización (folios 630 y 631). Una parte menor de la parcela se clasifica como suelo urbanizable sectorizado ordenado.

El informe de Luciano Parejo parte de la premisa de que aunque formalmente rústico, la urbanización ha provocado un cambio de clasificación del suelo. Se trata de una premisa





errónea. Los artículos 8 y 9 de la Ley del Suelo de 1998 no operan, *per se*, el cambio del suelo. La ley se limita a fijar unas directrices o parámetros. Posteriormente, será cada municipio el que, con base en estos parámetros, establezca la clasificación de cada suelo. De esta forma, los Ayuntamientos podrán proteger las zonas verdes, paisajísticas o merecedoras de especial protección y, al mismo tiempo, avanzar en una urbanización ordenada y razonable.

El informe de Luciano Parejo intenta justificar lo que no es justificable. Y así, para sustentar que la urbanización ha provocado la transformación del terreno afirma (folio 18 de su informe y 72 de la causa) que *“los terrenos reúnen ya, en la realidad, todas las características propias, legalmente, del suelo urbano consolidado por la urbanización como efecto natural de la ejecución del Plan Parcial modificado del Sector 10”*. Al mismo tiempo, afirma que (folio 22 de su informe y 76 de la causa) *“están prácticamente finalizadas las obras de urbanización”*.

Luciano Parejo entiende aplicable el Plan Parcial del Sector 10 a la zona adyacente a la del Sector 10 (folios 24 de su informe y 78 de la causa); mientras que, en el plenario, Luciano Parejo afirmó que no era posible aplicar un Plan Parcial a una zona distinta de la delimitada por ese Plan Parcial.

Luciano Parejo, en su informe (folio 76), justifica este cambio del terreno, y la consiguiente legalización de la obra, en el Convenio urbanístico de 14 de diciembre de 1999, advirtiendo que *“conforme al Convenio urbanístico suscrito, cualquier otra solución conduciría a la exigencia por la entidad propietaria y promotora de la práctica de equidistribución (a la que tendría en todo caso legalmente derecho) (...) la aludida exigencia abocaría en último término en una compensación a cargo de la Administración urbanística”*. Es decir, Luciano Parejo justifica que un acuerdo entre el promotor y el alcalde, como representante de la corporación, cambie la clasificación del suelo. Y también fundamenta la celeridad de la actuación del Ayuntamiento en la existencia del Convenio.

No es admisible justificar la aplicación de un Plan Parcial sobre un terreno adyacente, sujeto a los arts. 35 y 36 del Decreto Legislativo 1/2000 de Canarias.

Por otra parte, y volviendo a los artículos 8 y 9 de la Ley de Régimen del Suelo de 1998, Luciano Parejo no ha tenido en cuenta ni la Exposición de Motivos de la Ley, ni tampoco la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 2001 que, entre otros, se pronuncia sobre la constitucionalidad de estos preceptos.

La Exposición de Motivos de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, señala: *“El legislador estatal, que carece constitucionalmente de competencias en materia de urbanismo y de ordenación del territorio en sentido propio, no puede por sí solo afrontar la tarea indicada, a la que sólo puede aportar una solución parcial poniendo a contribución su indiscutible competencia para, como ha reconocido la citada sentencia del Tribunal Constitucional, regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional, así como regular otras materias que inciden en el urbanismo como son la expropiación forzosa, las valoraciones, la responsabilidad de las Administraciones públicas o el procedimiento administrativo común.*

*Por ello, su obra reclama una continuación por parte de los legisladores de las diferentes Comunidades Autónomas, sin la cual la reforma que ahora se inicia quedaría incompleta.*

*2. Dentro de estos concretos límites, que comprenden inequívocamente la determinación de las distintas clases de suelo como presupuesto mismo de la definición de las condiciones*





básicas del derecho de propiedad urbana, la presente Ley pretende facilitar el aumento de la oferta de suelo, haciendo posible que todo el suelo que todavía no ha sido incorporado al proceso urbano, en el que no concurren razones para su preservación, pueda considerarse como susceptible de ser urbanizado. Y ello de acuerdo con el planeamiento y la legislación territorial o sectorial, en razón de sus valores ambientales, paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos o culturales, de su riqueza agrícola, forestal, ganadera o de otra índole, o de su justificada inadecuación para el desarrollo urbano. Hay que tener presente, asimismo, que la reforma del mercado del suelo en el sentido de una mayor liberalización que incremente su oferta forma parte de la necesaria reforma estructural de la economía española, para la que el legislador estatal tiene las competencias que le atribuye el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de la Constitución Española.

En ese amplio suelo urbanizable que, siguiendo este criterio, delimiten los planes, podrán, por lo tanto, promoverse actuaciones urbanísticas en los términos que precise la legislación urbanística en cada caso aplicable, y siempre, naturalmente, de conformidad con las previsiones de la ordenación urbanística y de los planes y proyectos sectoriales, asegurándose por su promotor la ejecución, a su costa, de las infraestructuras de conexión con los sistemas generales que la naturaleza e intensidad de dichas actuaciones demande en cada caso e, incluso, el reforzamiento y mejora de dichos sistemas generales cuando ello resulte necesario, exigencias mínimas éstas que por su carácter de tales contribuyen a delimitar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad.

El régimen urbanístico del suelo prescinde así de imponer a los propietarios un sistema de actuaciones programadas por la Administración, sin datos ni garantías efectivas que aseguren su ejecución, que ésta sólo está en condiciones de ofrecer en relación a sus propias actuaciones. Ello no implica, en ningún caso, una renuncia a la función directiva y orientadora que es consustancial a la idea de plan. **Muy al contrario, la Ley parte del efectivo ejercicio de esa función por el planeamiento general, que puede y debe fijar en todo caso la estructura general del territorio**, esto es, la imagen de la ciudad que la comunidad que lo aprueba considera deseable, **ya que ésa es una referencia de la que, en ningún caso, puede prescindirse**.

Esta es la idea general de la que la Ley parte con el propósito de no introducir, desde la definición del estatuto jurídico básico de la propiedad del suelo, rigideces innecesarias que puedan impedir el despliegue por los legisladores autonómicos y por las Administraciones públicas competentes, de políticas urbanísticas más flexibles y con mayor capacidad de adaptación a las cambiantes circunstancias en el contexto de una economía cuya globalización la hace especialmente sensible a los cambios de coyuntura.

De este modo, la necesaria flexibilidad, que tanto se ha echado en falta en el pasado, se cohonestará con la imprescindible salvaguardia de los intereses públicos.

La flexibilidad que la Ley persigue con el fin de evitar la escasez de suelo no debe, sin embargo, conducir a un régimen de absoluta discrecionalidad de las autoridades urbanísticas a la hora de decidir acerca de la viabilidad de las iniciativas que se promuevan en el ámbito del suelo urbanizable. Por ello, la Ley ha previsto que el derecho a promover la transformación de dicho suelo instando de la Administración la aprobación del planeamiento de desarrollo, se podrá ejercer desde el momento en que el planeamiento general haya delimitado los correspondientes ámbitos o se hayan establecido las condiciones para su desarrollo, correspondiendo en otro caso a las Comunidades Autónomas la regulación de las citadas condiciones, así como de los efectos derivados del derecho de consulta, tanto sobre los





*critérios y previsiones del planeamiento -territorial y sectorial- como de las obras adicionales que la actuación exija.*

*De este modo, se pretende asegurar un mínimo de consistencia al derecho del propietario del suelo clasificado por el planeamiento como urbanizable, que como tal mínimo, debe entenderse comprendido sin discusión dentro de las condiciones básicas del estatuto jurídico de la propiedad, sin perjudicar la libertad de la que han de gozar las Administraciones competentes para valorar, en cada caso, los intereses públicos en juego. (El subrayado y la negrita son míos).*

La Exposición de Motivos ofrece una interpretación de la norma completamente contraria a la mantenida por Luciano Parejo. La Ley del Suelo de 1998 otorgó una serie de parámetros, o condiciones básicas, que debía tener cada clase de suelo. Pero no ordenó cada territorio concreto. No afectó, porque no puede, a cada Plan de Ordenación. Es más, la ley de 1998 se remite en todo caso, a los planeamientos municipales, conforme a la legislación autonómica.

Pero además, como he dicho, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 2001, en su apartado 14, se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 9 de la Ley del Suelo de 1998. El artículo 9 define el suelo no urbanizable. Pues bien, el apartado 14 de la Sentencia, que reproduzco íntegramente, señala que: "14. *En los tres recursos de inconstitucionalidad acumulados se denuncia -según ha quedado relatado en el antecedente 15- la intromisión del art. 9 LRSV en materia propiamente urbanística, así como la predeterminación de un concreto modelo urbanístico y territorial.*

*Reza así el art. 9 LRSV: "Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes: 1..a Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. 2..a Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano".*

*Al tiempo de tramitarse los presentes recursos, el art. 9 LRSV ha sido modificado parcialmente por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, que suprime llanamente el último inciso del párrafo 2 ("así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano"). Esta modificación normativa no supone la pérdida de objeto de la impugnación, en lo referido al art. 9.2 LRSV. A esta conclusión se llega siguiendo los criterios que, en relación con la derogación de preceptos legales impugnados por motivos competenciales, hemos expuesto de forma sintética y sistemática en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, sobre la Ley de Haciendas Locales, FJ 3. Por un lado, no se puede excluir a priori la eficacia futura del art. 9.2 LRSV (en la redacción de la Ley 6/1998) conforme a lo dispuesto en las Disposiciones transitorias segunda y tercera LRSV. Por otro lado, la controversia competencial de fondo permanece, pese a la modificación parcial del art. 9.2 LRSV: lo cuestionado en relación con el art. 9.2 LRSV (en la redacción de 1998) era la competencia del Estado a la hora de fijar criterios sobre clasificación del suelo como no urbanizable, reproche éste que es referible por igual a las dos redacciones, la pasada y la presente, del art. 9.2 LRSV.*





Dada, pues, la permanencia de la controversia competencial, debemos considerar que también pervive la vindicatio potestatis que se nos plantea.

El precepto impugnado, en su redacción de 1998, establece, en síntesis, dos criterios directos para la clasificación del suelo como no urbanizable: que el suelo sea incompatible con la transformación y que sea inadecuado para un desarrollo urbano. Estos dos criterios mínimos o elementales de clasificación sirven así como criterios mínimos de igualación de todos los propietarios de suelo. Tal fin igualador atrae en principio la regulación del art. 9 LRSV a la esfera competencial del Estado ex art. 149.1.1 CE. Mas queda aún por precisar si con esta regulación instrumental se incide de forma ilegítima en las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas. A este respecto debemos adelantar que la suma de los dos criterios de clasificación contenidos en el art. 9 LRSV (incompatibilidad e inadecuación para el desarrollo urbano) permite identificar un amplio margen de regulación para cada Comunidad Autónoma, y de ahí la conformidad constitucional del art. 9 LRSV.

Sentado lo anterior, procede el enjuiciamiento singular sobre cada uno de los dos criterios del art. 9 LRSV.

a) La **incompatibilidad con la transformación (art. 9.1 LRSV) no la define la propia Ley, sino que provendrá de los "regímenes especiales de protección" establecidos por la legislación sectorial o el planeamiento territorial** (del Estado o de Comunidad Autónoma, dependiendo de la materia competencial o sector en que se funde el "régimen especial de protección"). **Además, tampoco establece el art. 9.1 LRSV directamente el régimen de usos del suelo protegido, sino que se limita a asumir lo que resulte de la legislación sectorial y del planeamiento territorial**; por lo mismo, serán aquella legislación (sectorial) o planeamiento (territorial) los actos jurídicos susceptibles de cotejo con las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas. Por último, la efectiva clasificación del suelo como no urbanizable no deriva automática e inmediatamente de la fijación de un "régimen de especial protección" sino que depende, en todo caso, de que el órgano público competente para la clasificación del suelo efectivamente concluya que el régimen especial de protección previamente establecido exige la clasificación del suelo como no urbanizable. En coherencia con lo anterior, debemos negar todo carácter restrictivo al listado de valores y fines determinantes de "regímenes especiales de protección". Los distintos regímenes de protección traen causa de los distintos títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas. Será entonces el titular de cada competencia a quien corresponderá identificar y valorar la importancia de un fin o valor para establecer un régimen especial de protección. En este sentido debe entenderse que la enumeración de valores y fines del art. 9.1 LRSV sólo tiene carácter ejemplificativo.

b) El art. 9.2 LRSV establece como criterio de clasificación del suelo (como no urbanizable) la inadecuación para un desarrollo urbano. El juicio de adecuación corresponde, en todo caso, al órgano competente para la clasificación. La deficiente adecuación puede traer causa de valores o fines que hagan necesaria la preservación del suelo (el propio art. 9.2 LRSV enuncia los valores agrícola, forestal, ganadero, así como la riqueza natural) o de otras circunstancias. Al planeamiento corresponde establecer, como expresamente dispone el último inciso del precepto cuestionado, los criterios sobre cuándo un terreno es adecuado, o no, para un desarrollo urbano, remitiendo de esta forma la clasificación del suelo al planificador urbanístico. Por ello, en forma alguna se puede considerar que el art. 9.2 LRSV imponga un concreto modelo urbanístico y territorial. Por último, concluyamos que es la concurrencia de los dos





*criterios del art. 9.2 LRSV, en la concreta redacción de 1998, lo que lleva a rechazar el reproche de inconstitucionalidad.*

*Además debemos declarar que las referencias del art. 9 LRSV a los "planes de ordenación territorial", "legislación sectorial", "planeamiento general" y "planeamiento sectorial", si bien pudieran ser interpretadas como la imposición de concretos instrumentos urbanísticos a las Comunidades Autónomas, de lo que resultaría una vulneración del orden constitucional de competencias, también permiten una interpretación conforme con la Constitución. Es posible entender, en este sentido, que el art. 9.1 LRSV traslada al ámbito de la clasificación del suelo, y a los efectos de esta Ley, lo ya dispuesto en otros actos jurídicos que tienen por fin la protección de ciertos bienes naturales o culturales; se puede entender, entonces, que la referencias a la "legislación sectorial", "planes de ordenación territorial", y "planeamiento sectorial" tienen únicamente valor orientativo y ejemplificativo, pues lo único propiamente relevante es -como señala el propio art. 9.1 LRSV en su primera frase que los terrenos estén sometidos a algún régimen especial de protección, venga ese régimen especial dispuesto en leyes, planes, proyectos, catálogos o cualesquiera otros actos jurídicos. En segundo lugar, y de acuerdo con lo ya razonado en el FJ 6, no puede considerarse que la mención del art. 9.2 LRSV al "planeamiento general" vulnere las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas. En efecto es posible interpretar que el "planeamiento general" es, en el art. 9.2 LRSV, aquel instrumento de ordenación o planificación urbanística que -conforme a la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma- puede o debe clasificar el suelo de las ciudades y dotar de un contenido preciso a los derechos de propiedad urbana y permitir su efectivo disfrute. Así interpretada, la alusión al "planeamiento general" en el art. 9.2 LRSV es conforme con el orden constitucional de competencias.* (El subrayado y la negrita son míos).

La Sentencia del tribunal Constitucional es clara. La interpretación de Luciano Parejo ni se sostenía en 2002, ni se sostiene a día de hoy.

Por si fura poco, la jurisprudencia de la Sala Tercera citada no dice exactamente lo que Luciano Parejo indica. Luciano Parejo saca de contexto lo afirmado por el Tribunal Supremo. Además, casi toda la jurisprudencia citada es anterior a la Ley de 1998, interpretando la Ley de Suelo de 1956. No parece razonable, teniendo en cuenta que sólo hace citas jurisprudenciales en el segundo de sus dictámenes, y que este está firmado en noviembre de 2008, que Luciano Parejo haya advertido esta circunstancia (folios 913 y ss).

Afirma el propio Luciano Parejo (folio 924) que la STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 12 de noviembre de 1999 indica que *"el suelo urbano no puede expandirse necesariamente como si fuera una mancha de aceite mediante el simple juego de colindancia de los terrenos con zonas urbanizadas"*. Igualmente Luciano Parejo indica que *"también constituirán suelo urbano los terrenos que, aún careciendo de alguna de las dotaciones mínimas citadas, tengan su ordenación consolidada por ocupar la edificación, al menos, dos terceras partes de los espacios aptos para la misma, en la forma que el Plan General determine (art. 78.1,21 RPU y 2.1.b) RDley 16/1981"*. (El subrayado es mío).

O por ejemplo, la STS (Sala 3.<sup>a</sup>) citada al folio 925 dispone en su Fundamento Jurídico Tercero: *"Por lo tanto, dado lo que la Sala de instancia afirma como resultado de su valoración de la prueba pericial en ese extremo [afirmación transcrita entre comillas y en cursiva en la letra c) del fundamento de derecho primero de esta sentencia], debe continuar en pie su consideración de que las Normas Subsidiarias del municipio de Escalante no infringen el ordenamiento jurídico al no clasificar el suelo en cuestión como urbano, pues tal consideración se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala, no afectada por aquel artículo 8 a) de la Ley 6/1998, según la cual*





(así, por todas, en la sentencia de 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación número 984 de 1999):

*"[...] las facultades discrecionales que como regla general han de reconocerse al planificador para clasificar el suelo en la forma que estime más conveniente, tienen su límite en el suelo urbano, pues necesariamente ha de reconocerse esa categoría a los terrenos que hallándose en la malla urbana, por haber llegado a ellos la acción urbanizadora (acción urbanizadora que en este caso no se daban), dispongan de servicios urbanísticos (acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica) con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir, o se hallen comprendidos en áreas consolidadas por la edificación, salvo que la existencia de tales servicios o la consolidación de la edificación hayan tenido su origen en infracciones urbanísticas (lo que sí ha ocurrido en este caso) y aun le sea posible a la Administración imponer las medidas de restauración del orden urbanístico infringido. En suma, la clasificación de un suelo como urbano constituye un imperativo legal que no queda al arbitrio del planificador, pues éste ha de definirlo en función de la realidad de los hechos referidos a la existencia de servicios -o a la consolidación de la edificación-, a la suficiencia de aquéllos y a su inserción en la malla urbana".*

Pero en esta Sentencia, en ningún momento, se dice que el suelo cambie de clasificación, *ipso facto*, por el hecho de la urbanización, sino que la transformación puede afectar al futuro diseño del planificador.

La aprobación inicial de un Plan General de Ordenación Urbana no implica que las previsiones iniciales se mantengan en la aprobación final, dado que a lo largo de su tramitación pueden experimentarse cambios. No es posible adivinar cómo va a quedar configurada cada parcela.

Por otra parte, en cuanto al art. 120.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por Decreto 2159/1978, de 23 de junio, la modificación del planeamiento debió implicar la suspensión de las licencias en esa parcela. Precisamente, la razón de limitar la suspensión de las licencias al ámbito de las parcelas cuya clasificación va a cambiar, es evitar lo que ha sucedido con el Trompo: que la realidad de una construcción ya efectuada predetermine el planeamiento.

Luciano Parejo afirma que *"...la finalidad institucional exclusiva de la técnica legal de la suspensión de licencias, que se agota en impedir la consolidación fáctica de situaciones que puedan impedir o al menos dificultar seriamente la ejecución del nuevo planeamiento."* En este caso, lo que ocurrió es que la concesión de licencia fuera del período en que esta podía concederse, permitió la construcción del Trompo. Si el Trompo no se hubiese construido inicialmente, saltándose los trámites legales, es posible que ese edificio no se hubiese podido construir en esa parcela, o hubiese tenido otra configuración. Esto implicaría la pérdida de beneficios por el promotor y, al mismo tiempo, la obligación del Ayuntamiento de indemnizar al promotor, al amparo del Convenio del 1999.

A mayor abundamiento, a preguntas del Ministerio Fiscal, en el plenario, Luciano Parejo respondió que no había comprobado si el Trompo se asentaba sobre zonas verdes. Parece complicado emitir un informe sobre la legalización del Trompo, sin tener en cuenta que este edificio invadía zonas verdes, pese a que sea cierto que exactamente eso no se le había preguntado. Luciano Parejo respondió que "no sabía" si era posible inscribir en el Registro de la Propiedad una edificación llevada a cabo sobre una parcela calificada como suelo rústico en el PGOU.





No se puede adelantar, sin riesgos, la aprobación definitiva del Plan con base en la aprobación provisional. La aprobación definitiva ni siquiera depende de los órganos del municipio, como ocurre con la COTMAC (folio 264). Aún el propio Luciano Parejo reconoció que “formalmente” la clasificación del suelo en el PGOU de 1990 de la parcela sobre la que se asentó el Trompo era suelo rústico.

Por todo lo expuesto, las conclusiones de los informes de Luciano Parejo no se sostienen. El perito incurre en graves contradicciones y altera la recta interpretación de las normas jurídicas. Su actuación es plenamente parcial, interesada, y sirve a un interés privado, el del alcalde, el secretario del Ayuntamiento, y el del promotor, pero no al interés Ayuntamiento de la Orotava, por el que fue contratado. El informe pericial se elabora en dos días, pese a que, como Luciano Parejo reconoció, ya había estudiado previamente la cuestión para ver si podía asumir el encargo. Es decir, ya se había asegurado de poder emitir un informe sirviendo exclusivamente a los intereses de parte. Su informe, rayano en la alteración de la verdad mediante inexactitudes, no puede ser tenido en cuenta.

Por lo que se refiere al conocimiento del acusado, Ambrosio Jiménez, de que estaba llevando a cabo una construcción sobre un terreno rústico potencialmente productivo y sobre terrenos dedicados a zonas verdes y viales, este es evidente.

Ambrosio Jiménez, como declaró, ha sido uno de los principales promotores y constructores inmobiliarios de la isla de Tenerife. Se trata de un dato de público, general y notorio conocimiento. Ambrosio Jiménez no puede alegar desconocimiento de la clasificación del terreno, pues en el año 1999, es decir unos dos años antes del inicio de la construcción de esta obra, ya había suscrito con el Ayuntamiento de la Orotava un convenio para la construcción de esta edificación. Ambrosio Jiménez firmó el mencionado Convenio (obrante a los folios 2180 a 2183), junto con Isaac Valencia, dando fe de ello el secretario del Ayuntamiento, Juan Carlos de Tomás. En este Convenio, entre otras cláusulas, se hacía constar que el Ayuntamiento de la Orotava se obligaba a llevar a cabo los cambios necesarios en el planeamiento para que se pudiese construir en ese terreno. De esto se deduce, que todos los intervinientes y firmantes del Convenio conocían que sobre ese terreno no se podía edificar.

Con la obra ya iniciada, a Ambrosio Jiménez se le notifica la suspensión de las obras. Como un ordenado empresario, al menos en este momento, debió preocuparse del estado de las obras, y de la tramitación de los permisos necesarios, debiendo revisarlos.

Además, en la licencia de construcción (folios 45 a 48) se señala que el terreno es rústico potencialmente productivo. El promotor, que es a la vez constructor, no puede desconocer el contenido de la licencia de construcción.

Por otra parte, el hecho de que Ambrosio Jiménez era consciente de que la construcción no era legal se puso de manifiesto en el acto de la vista, en donde declaró que “Canarias tenía unas leyes un poco especiales”, en referencia a las leyes sobre construcción y protección de espacios naturales. El manifiesto desprecio por las normas protectoras del medio ambiente evidencian una total indiferencia sobre la clase de suelo en la que se levantó el edificio del Trompo.

También resulta inaceptable la afirmación de que “a él se lo llevaban todo”, y que lo dejaba todo en manos de una persona de confianza, que ya ha fallecido. El acusado conocía la clase del





terreno, y aún así decidió afrontar su construcción. Ambrosio Jiménez intervino directamente en la suscripción del Convenio con el Ayuntamiento de la Orotava. Es evidente que un empresario como Ambrosio Jiménez, que llegó a realizar un ingente número de construcciones en toda la isla se preocupaba directamente de las principales edificaciones que realizaba. Ambrosio Jiménez nunca fue un mero espectador que se limitó a estampar su firma.

En este sentido, debe tenerse siempre presente que no nos encontramos ante una pequeña construcción de una vivienda familiar individual, sino ante una de las mayores obras que se llevó a cabo en la Orotava en aquellos años. La alegación de desconocimiento no es razonable ni creíble.

El hecho de actuar al margen de toda ley, como si no tuviese que atenerse a las normas jurídicas, como si estas no se dirigieran a él, sino al resto de ciudadanos, evidencia un rechazo del ordenamiento. Rechazo a la norma jurídica que sólo puede calificarse como intolerable en una sociedad constituida. Rechazo que pone de manifiesto, bien el conocimiento de que estaba llevando a cabo una actuación contraria a la norma, bien una indiferencia total y absoluta sobre si se cumplía o no con la norma.

### **C) Hecho probado numerado como tercero.**

En cuanto a las visitas de la Policía Local al lugar de las obras, estas constan en los folios 4 y 6. Asimismo, el Policía local con número de identificación C-09 declaró en el plenario corroborando que había acudido a ver las obras, tras haber recibido una denuncia sobre una posible construcción ilegal. El cabo de la Policía Local de la Orotava con número de identificación C-09 y el agente con número de identificación A-31, no se acordaban exactamente de lo que habían visto, lo que resulta perfectamente entendible, dado el tiempo transcurrido, unos catorce años. Ahora bien, como se ha visto, lo reflejado por los agentes se corrobora por el resto de prueba practicada, a la que hice referencia anteriormente.

En cuanto al informe del técnico del Ayuntamiento, Melecio Tamajón, este consta en el folio 7 de la causa. Melecio Tamajón, en su informe, hace referencia a que la denuncia de la Policía Local no se trata de una nave industrial. No obstante, si acudimos al acta de la Policía Local, esta sí lo considera una nave industrial (folio 6). En este informe se señala que “las obras se encuentran suspendidas a iniciativa del promotor y en cumplimiento de las órdenes dictadas por el Departamento de Disciplina Urbanística y de la Policía Local”.

En el acto del plenario, sin embargo, y pese a la literalidad de su informe, Melecio Tamajón declaró que las obras que él había observado se estaban llevando a cabo sobre el Sector 10, y no sobre el terreno adyacente. Melecio Tamajón indicó que sobre el terreno adyacente al Sector 10 sólo se estaba llevando a cabo un muro de contención. No obstante, Melecio Tamajón reconoció que para él, según sus conocimientos, un muro de contención no necesitaba tantos pilares; pero que, como el ingeniero que se encontraba en la obra le dijo que esa edificación era solo para un muro, decidió no cuestionar esa afirmación.

No obstante, pese a la declaración de Melecio, la realidad no coincide con esta declaración. El 10 de julio de 2002 Ambrosio Jiménez solicitó la licencia para la legalización de la obra (folio 112), previo requerimiento por Decreto de la Alcaldía (folios 169 y ss). Pues bien, esa solicitud de licencia daría lugar, posteriormente, a la licencia de construcción número 312/2002 (folio 37). Si se solicitó y concedió licencia para una construcción ya iniciada, ello implica que las obras comenzaron antes de la licencia. Y debe tenerse en cuenta que el requerimiento es anterior a la solicitud de la licencia, que es de 7 de mayo de 2002. Esto es, sólo cuatro días después de que Melecio Tamajón hubiese emitido su informe sobre el estado de las obras.





Es más, el 4 de octubre de 2002, la mercantil Proyectos Inmobiliarios Las Arenas solicita, con base en la anterior licencia de legalización, una licencia de obra mayor. A esta licencia (folios 53 y 54) la acompaña de un proyecto de ejecución material en el que se incorpora una última planta de oficinas. Esta solicitud de licencia corrobora lo anteriormente dicho. Si sobre esta misma obra se solicita una licencia de obra mayor en la que se incorpora una nueva planta, ello implica que la anterior licencia ya se refería a un edificio y que, por tanto, este ya estaba en construcción.

La nave de dos plantas que refleja Melecio Tamajón en su informe se refiere, necesariamente, a la estructura que posteriormente sería el centro comercial de El Trompo. De lo contrario no tendría sentido exigir una legalización del edificio. No puede exigirse la legalización de algo que no ha comenzado a construirse. Por ello, el informe del señor Tamajón, a diferencia de su declaración en el plenario, sí coincide con el resto de prueba obrante en la causa.

No obstante, es posible que dado el tiempo transcurrido, Melecio Tamajón no recuerde correctamente la ubicación de la obra que visitó, y la parcela exacta sobre la que se encontraba esta edificación. La delimitación exacta de la finca, *in situ*, con obras realizándose en la propia parcela y en las anejas, pudo resultar complicada.

Por lo que se refiere al expediente de disciplina urbanística en el que se ratifica la suspensión de las obras y, posteriormente, se acuerda la legalización de las obras, se encuentra en los folios 113 y ss. Este expediente, paradójicamente, señala que la suspensión afectaba “en lo que exceda de las previsiones expuestas por el Ingeniero Director de obras de urbanización”.

Este requerimiento sólo tiene sentido si se refiere al terreno adyacente al Sector 10, pero no al propio Sector 10. Este último tenía un suelo sobre el que se podía edificar. No tiene sentido suspender las obras ni requerir la legalización sobre un terreno en el que se podía construir. Además, como se ha indicado, posteriormente la licencia solicitada para la legalización sería la licencia que facultó para la construcción del centro comercial de El Trompo. Y este se asienta, en su mayoría, sobre un terreno adyacente al Sector 10.

Pero es que, además, como se ha dicho, los peritos José Ángel Domínguez Anadón y Juan Jesús Cabrera Oliva señalan que la construcción del Trompo no se lleva a cabo en el Sector 10, sino en el terreno adyacente.

La posible confusión inicial se explica del siguiente modo: la parcela adyacente al Sector 10 no tenía nombre hasta la entrada en vigor del PGOU de 2004. De ahí que en diversos documentos se hiciese referencia a territorios cercanos para designar este terreno. Así, por ejemplo a la Vera, que se encuentra del otro lado de la autopista.

Pero, además, el Decreto de mantenimiento de la suspensión obrante a los folios 12 a 15 no hace referencia al Sector 10, sino al “Polígono industrial Las Arenas”, cuyo responsable es COINTE SA. El administrador de esta mercantil es también Ambrosio Jiménez.

En todo caso, y con independencia de si nos encontramos o no ante un mero error de denominación de la finca, ha quedado acreditado que las obras de lo que sería el Trompo ya se habían iniciado con anterioridad al 15 de noviembre de 2001. En todo caso, y aún cuando se fijase como fecha de inicio de las obras el 10 de julio de 2002, fecha de solicitud de legalización, o el 4 de octubre de 2002, lo cierto es que en esas fechas el terreno seguía siendo rústico potencialmente productivo. Esto es, terreno sobre el que no cabía construir un centro comercial.





Mediante Decreto de 11 de octubre de 2002 se dicta Decreto por el que se legaliza las obras del trompo (folios 29 y 30). La licencia de construcción se recoge en el folio 31.

Debe tenerse especialmente en cuenta lo dispuesto en el artículo 14.6 párrafo 3.º del Decreto Legislativo 1/2000 señalaba, en su redacción en el momento de los hechos que: *“El acuerdo de aprobación inicial de los instrumentos de ordenación determinará, por sí solo, la suspensión del otorgamiento de licencias en aquellas áreas del territorio objeto del planeamiento cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanístico vigente, debiéndose señalar expresamente las áreas afectadas por la suspensión”*.

La aprobación provisional del Plan General de Ordenación Urbana tuvo lugar en marzo de 2002, siendo publicado en el Boletín Oficial provincial el 3 de abril de 2002.

La licencia no podría, ni siquiera, haberse tramitado.

#### **D) Hecho probado numerado como cuarto.**

El hecho probado numerado como cuarto ha quedado acreditado, principalmente, mediante prueba documental.

El expediente de legalización se encuentra entre los folios 34 a 182. La solicitud de legalización se encuentra en el folio 78; el informe técnico en el que constan los incumplimientos y la clasificación del suelo como rústico potencialmente productivo, en los folios 45 a 48.

En el expediente, como se observa en los folios antes mencionados, no contiene informe jurídico. Dicho informe es preceptivo, y su ausencia constituye una vulneración de las normas administrativas que rigen la tramitación y aprobación de expedientes administrativos (art. 166 y ss del Decreto Legislativo 1/2000, de Canarias).

En lugar de este informe, la corporación municipal lo sustituye por el informe de Luciano Parejo, catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid (folios 55 a 87). Este informe se solicita con el objeto de determinar la naturaleza del suelo y de las obras ejecutadas; así como si la licencia de legalización podía ser otorgada. En los folios 89 a 107 se recoge la propuesta de la consulta elaborada por el Secretario General del Ayuntamiento, recogida por el alcalde, que acuerda la elevación de la consulta.

Es decir, el informe del experto externo contiene los aspectos sobre los que, al menos parcialmente, se tendría que pronunciar el informe jurídico de los técnicos del Ayuntamiento.

La explicación de por qué se solicitó el informe, según los acusados, y en concreto, según Juan Carlos de Martí, fue por la complejidad del asunto. Se consideró necesario pedir una opinión de un experto.

Esta finalidad podría ser, a primera vista, loable. Se podría decir que pedir un informe a un experto en una materia compleja es un comportamiento especialmente cuidadoso, propio de ordenados y cuidadosos gestores públicos. Ahora bien, lo que no permite la ley es sustituir el informe de los técnicos jurídicos municipales por el de un extraño a la corporación local. Si se hubiese dado traslado del informe de Luciano Parejo a los técnicos municipales, el expediente administrativo habría seguido por los trámites ordinarios. Pero esto no se hizo. El secretario municipal obvió las previsiones legales y elevó propuesta de resolución a la Alcaldía sin el preceptivo informe de los juristas municipales. Con ello, evitó el más que probable informe negativo de los servicios jurídicos del Ayuntamiento.





Además, como se ha indicado, el informe se hizo en dos días. Si tan difícil era la cuestión planteada, el secretario general debió desconfiar de que se pudiese hacer tan rápido. En el folio 52, el 4 de octubre de 2002, se acuerda dar cuenta al catedrático Luciano Parejo Afonso a fin de que se emita informe. Este tiene fecha de 7 de octubre de 2002. Los días 5 y 6 de octubre de 2002 fueron sábado y domingo. A no ser que, como declaró Luciano Parejo, ya hubiese examinado la viabilidad de su informe, es decir, favorable a los intereses de las personas que habían contactado con él.

En cuanto a las valoraciones del informe y a las razones por las que no se pueden aceptar las conclusiones de Luciano Parejo, me remito a lo expresado en el apartado B) de este Fundamento Jurídico.

Por lo que se refiere al informe de 7 de octubre de 2002, este se encuentra en los folios 49 y 50 de la causa, siendo especialmente relevantes las conclusiones 8 y 9, en las que se pone de manifiesto que la posible modificación de las determinaciones del Plan General, incluido la clase de edificio que se pudiera construir en este terreno, podía variar hasta que no se produjese la definitiva aprobación del Plan General.

Por último, en cuanto a la ausencia de tramitación de la licencia para actividades clasificadas y garajes, esta no consta en el ya reiterado expediente de legalización. Esta licencia, que sólo se solicita una vez en vigor el nuevo PGOU, no se concede hasta el 13 de septiembre de 2006 (folio 692).

#### **E) Hecho probado numerado como quinto.**

En cuanto al conocimiento de Juan Carlos de Martí de que en el procedimiento no se habían respetado los trámites legales, es evidente.

Juan Carlos, como secretario municipal de carrera, conocía y conoce perfectamente los procedimientos administrativos. La labor del secretario municipal, a estos efectos, es fundamental. El secretario municipal, entre otras funciones, es el “Asesor de la Corporación, Comisiones y Presidencia”, y “Jefe directo de la Secretaría y servicios jurídico-administrativos” (art. 140.1 letras c) y e) del Decreto de 30 de mayo de 1952 por el que se aprueba el texto del Reglamento de funcionarios de la Administración local, reformada por última vez en 1993).

Entre sus funciones, como asesor de la corporación, se encuentran las de “advertir, dentro de su esfera de competencia, toda manifiesta ilegalidad en los actos y acuerdos que se pretenda adoptar”; así como “Emitir dictamen cuando lo acuerde la Corporación o lo ordene la Presidencia, o cuando a su juicio el asunto tenga importancia o exija interpretación de texto legal. Si hubieran informado los demás jefes de servicios o dependencias o, los asesores jurídicos, podrá limitarse a consignar su nota de conformidad o disconformidad, razonando esta última.” e “Informar previamente y por escrito en los expedientes de suspensión de acuerdos”. (Art. 143.1, .3 y .4 del Decreto de 30 de mayo de 1952). (El subrayado es mío).

Como Jefe Directo de la Secretaría y de los Servicios jurídico administrativos, le corresponde “Organizar y dirigir los servicios de la Secretaría, distribuyendo el trabajo entre el personal de dicha dependencia”; “abrir la correspondencia oficial, recibir las solicitudes, partes y documentos de todas las dependencias y servicios, dirigir el registro de entrada y salida y decretar el pase de cada documento a la oficina o funcionario que deba encargarse de su





*tramitación y despacho"; y, entre otros, "recabar los informes y dictar las providencias de trámite procedentes, y elevar a la Presidencia o a la Corporación los expedientes que hayan de resolver". (Art. 143.1, .2 y .4 del Decreto de 30 de mayo de 1952). (El subrayado es mío).*

Es decir, como se puede observar de una simple lectura de las funciones de un secretario municipal, le corresponde velar por un buen funcionamiento de los expedientes administrativos que se tramiten en todo Ayuntamiento, y por la corrección de los actos y acuerdos que se tramiten en el Ayuntamiento y se eleven al Pleno.

Y dentro de estas funciones, de un modo más específico, le correspondió velar por la correcta tramitación del expediente relativo a la legalización de la construcción, ya iniciada, del Trompo. Juan Carlos de Tomás conoció personalmente este expediente, como reconoció en el acto del juicio oral, e intervino decisivamente al solicitar varios informes: a Luciano Parejo o a la unidad de disciplina urbanística (folio 109). Pero Juan Carlos de Tomás Martí no solicita el preceptivo informe de los servicios jurídicos. Y no puede justificar esta ausencia de trámite esencial en un desconocimiento, ni en que ya se había emitido un informe por parte de un experto ajeno a la Corporación Municipal. El trámite que se salta es fundamental, imprescindible e insustituible. Más aún cuando, como se ha dicho, en ese período, no se podía conceder ningún tipo de licencia de edificación ni de legalización de lo construido sobre ese terreno.

Juan Carlos de Tomás autoriza que el expediente se tramite sin que se respetasen los trámites legales, con conocimiento de la ilegalidad que ello suponía, y con total indiferencia sobre el incumplimiento de estos trámites. Por ello, elevó a la alcaldía una propuesta favorable a la legalización de las obras (folios 42 y 43). Así, no sólo permitió que no se siguiese los trámites del procedimiento administrativo, sino que también faltó deliberadamente al cumplimiento de sus funciones.

El informe de Juan Carlos de Tomás Martí justifica la propuesta favorable a la legalización en dos pilares: el informe de Luciano Parejo, que concluye que el suelo debe considerarse urbanizable, y en la previsión de que el terreno fuese a convertirse en urbano, por la proximidad de otras parcelas que sí eran urbanizables, como el Sector 10, sujeto a un Plan Parcial de Actuación. En el folio 44 de la causa se recoge la propuesta de resolución del secretario general del Ayuntamiento, Juan Carlos de Tomás Martí, expresando que el otorgamiento de la licencia de legalización quedaba condicionada y vinculada, entre otros, *"al cumplimiento de la normativa aplicable al Plan Parcial del Sector 10 en los perímetros que se deducen de los informes jurídicos obrantes en el expediente"* y *"al cumplimiento de la ordenación que sobre dicho ámbito territorial se apruebe de forma provisional y definitiva por los órganos competentes en cuanto culminación del procedimiento objeto de Revisión del Plan general para su adaptación..."*.

Por otra parte, en esta propuesta de resolución, Juan Carlos de Tomás Martí hace referencia a los apartados 8 y 9 del informe emitido por los arquitectos redactores del PGOU de la Orotava, fechados en 7 de octubre de 2002 (folios 49 y 50). Según la propuesta de resolución de Juan Carlos de Tomás, en esos apartados se prevé *"la regulación de regímenes urbanísticos de carácter general que autoricen la construcción de edificaciones de carácter singular"*.

Ahora bien, el apartado 8 de este informe dice, literalmente, *"se hace constar que las determinaciones establecidas en el documento de aprobación inicial del PGOU forman parte de un procedimiento de trámite complejo y que afecta a numerosos aspectos de la ordenación"*





*territorial, y que están sometidas a las modificaciones derivadas del proceso de contestación de las alegaciones y las consideraciones relativas a cuestiones planteadas durante el proceso de información pública, tanto por interés municipal, convenios, gestión urbanística, etc, como por interés supramunicipal*". (El subrayado es mío).

Es decir, los arquitectos, Argeo Semán Díaz y Jesús Romero Espeja, advertían que el PGOU, que se encontraba en revisión, podía sufrir cambios. Expresamente advertían que la redacción final de PGOU no tenía por qué coincidir con el estado del PGOU en el momento en el que se solicitó el informe. Y, como se ha visto anteriormente, estos cambios se produjeron. Igualmente, y como se ha señalado anteriormente, el apartado 9 de este informe refleja que todavía se desconocía la clase o tipo de edificación que se podría llevar a cabo en aquella parcela. Era necesario, en todo caso, esperar a la modificación definitiva del Plan General.

En el plenario declararon ambos arquitectos, remitiéndose y ratificándose en su informe. Especialmente contundente fue Jesús Romero que indicó que el PGOU no entraba en vigor hasta su aprobación definitiva. Esto es, hasta este momento el PGOU no puede aplicarse.

El informe de Argeo Semán y de Jesús Romero Espeja no dice lo que pretende el secretario general del Ayuntamiento, Juan Carlos de Tomás Martí. Pero, del mismo modo, el conocimiento de que no se podía conceder la licencia se manifiesta en la petición que Juan Carlos de Tomás realiza al técnico Melecio Tamajón, para que informase sobre el grado de urbanización de las obras. Dicho informe, se solicita específicamente con la intención de justificar la transformación del suelo mediante la urbanización. Informe que, como se ha visto en el apartado B) de este Fundamento Jurídico, tiene defectos groseros.

Respecto al informe de Luciano Parejo, y a la consideración del terreno como rústico, me remito al análisis llevado a cabo en este Fundamento Jurídico, apartado B).

En todo caso, la propuesta de informe que elabora el secretario del ayuntamiento no es ajustado a derecho. Este era conocedor de que el terreno sobre el que se construía era rústico potencialmente productivo. No cabe aplicar a una determinada parcela la clasificación jurídica del suelo de la parcela colindante, ni tampoco la nueva clase de suelo que le otorga a esa parcela un Plan General que no se ha aprobado definitivamente.

Pero es más, como ya se ha dicho, el terreno sobre el que se construye el edificio del Trompo es rústico y, de conformidad con el artículo 170 del Decreto Legislativo de Canarias, era preceptiva la autorización de cualquier construcción que se llevase a cabo en esta clase de terreno. Autorización que debía solicitarse de la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística, y del Cabildo Insular. Es decir, de los órganos de la Comunidad Autónoma con competencias en la materia.

La alegación de las defensas de que la falta de autorización se suple porque el Plan General del 2004 fue sometido a la COTMAC, órgano integrado en el Cabildo, y resultó aprobado sin que fuese necesario llevar a cabo modificaciones, se desestima. La función de la COTMAC, a la hora de revisar el Plan General de Ordenación Urbana de un Ayuntamiento, no tiene nada que ver con la autorización del Cabildo para autorizar una construcción en terreno rústico. En el primer paso, la COTMAC verificó que el nuevo Plan cumplía con los requisitos legales que en el caso de la parcela controvertida, cambió la clasificación del suelo. En el segundo caso, lo que comprueba el Cabildo es si se cumple los requisitos necesarios para construir en suelo rústico. En este segundo supuesto es evidente que no se cumplían, pues las únicas construcciones autorizadas en suelo rústico son aquellas destinadas a la actividad agrícola o ganadera (art. 62,1,b del Decreto Legislativo 1/2000, de Canarias).





Esta autorización nunca se solicitó, al igual que el informe de los juristas municipales. Y en ambos casos, la única razón por la que no se llevaron a cabo o no se solicitaron estos informes es que el secretario del Ayuntamiento conocía que iban a ser desfavorables. La obra que se estaba llevando a cabo no era legalizable, conforme al Plan General de 1990. En aquel momento sólo cabía la paralización y demolición de las obras.

#### **F) Hecho probado numerado como sexto.**

El hecho probado numerado como sexto ha sido acreditado mediante la documental obrante a los folios 34 y siguientes, en los que se contiene el Decreto de la Alcaldía por el que se legaliza la edificación del Trompo.

Como se observa de la lectura del Decreto, este se fundamenta en la propuesta del Secretario de Ayuntamiento, a la que se ha aludido anteriormente.

En cuanto a la expresión “legalización formal de las obras” utilizada en los hechos probados, esta significa que aparentemente la obra era legal porque contaba con una licencia administrativa que permitía esa edificación. Ahora bien, como he razonado, esa licencia era contraria a Derecho. Se aprobó con base en un propuesta ilegal, elaborada por una persona, el secretario municipal, consciente de la ilegalidad y la injusticia de esa resolución y fue otorgada en un período temporal en el que no se podía otorgar esa licencia. Por ello, no era legal, ni legalizable.

Se creó una apariencia de legalidad inexistente. Aparentemente, esto es, a nivel meramente formal, la obra estaba legalizada. Realmente, esto no era así.

Además, de estos incumplimientos, también debe tenerse en cuenta que el Trompo incumplía el proyecto, como señaló el arquitecto técnico municipal, Emilio La Roche, en su informe de 10 de octubre de 2002, en materia de seguridad contra incendios, alineaciones y rasantes, estudio de seguridad, seguridad e higiene en las condiciones de habitabilidad, control de vertidos, actividades clasificadas ... (folios 45 a 48).

Al día siguiente de este informe, 10 de octubre de 2002, se eleva propuesta favorable a la legalización y se dicta Decreto legalizando la obra, 11 de octubre de 2002. El necesario informe de los servicios jurídicos tendría que ser anterior al 10 de octubre. Como se ha indicado, este informe jurídico se sustituye por el informe de 7 de octubre de 2002 de Luciano Parejo.

Por otra parte, ni la propuesta favorable a la legalización ni el Decreto de la Alcaldía tuvieron en cuenta que no se había solicitado, ni tramitado, la licencia para actividades clasificadas. Esta licencia era obligatoria, ya que el proyecto contaba con un garaje colectivo (folio 47 in fine). En ningún momento del expediente administrativo, ni en el Decreto, se advirtió de la necesidad de tramitar esta licencia. Esta licencia era obligatoria, de conformidad con lo establecido en el art. 4 de la Ley de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas de Canarias. De conformidad con lo establecido en esta Ley, el órgano encargado de otorgar la licencia es el Director del Área de Desarrollo Económico, Comercio y Empleo del Cabildo Insular de Tenerife; órgano ajeno a la corporación municipal. Es decir, un órgano que no iba a conceder la autorización para la construcción de un garaje sobre suelo rústico.





Finalmente, esta licencia de actividad clasificada se tramitó junto con la licencia de primera ocupación. Esta licencia fue otorgada mediante resolución de 16 de agosto de 2006; con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Plan General el 16 de julio de 2004. La licencia se otorgó, por tanto, una vez que el suelo ya había dejado de ser rústico y, en consecuencia, ya se podía otorgar la licencia de actividades clasificadas para ese garaje.

Lo anterior, sólo refuerza el argumento de que la propuesta y el Decreto fueron ilegales, y tanto el secretario municipal como el alcalde fueron plenamente conscientes de ello.

Las normas legales que se conculcaron, además de las ya indicadas, como se afirma en los hechos probados, son el artículo 94 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación de 1990, aprobado el 28 de noviembre de 1990 en el Boletín Oficial de Canarias. Esta norma, como se ha dicho, estuvo vigente hasta el 16 de julio de 2004, fecha de aprobación del Nuevo Plan General de Ordenación Urbana de la Orotava. Asimismo, también se incumplió la Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales Protegidos aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de Mayo. En concreto, y entre otros, los artículos 42 y 43; 62,1.b), 166 y siguientes.

El Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales Protegidos aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de Mayo, regula los instrumentos de ordenación territoriales y dentro de ellos, como instrumento de planeamiento urbanístico, los planes generales de ordenación. Los artículos 42 a 47 de la Ley, regulan detalladamente la aprobación publicación, vigencia y efectos de los instrumentos de planificación.

Los Planes Generales de Ordenación Urbana establecen una ordenación estructural y pormenorizada del municipio. Conforme a los preceptos señalados, los suelos están vinculados al destino que resulte de la clasificación. El artículo 42 señalaba que los avances del planeamiento sólo tendrían efectos administrativos internos a efectos preparatorios.

Por otra parte, el artículo 72, que regula derechos y deberes de los propietarios del suelo urbanizable no consolidado, categoría que otorgó el Plan General a la parcela sobre la que mayoritariamente se elevó el Trompo, establece el derecho a edificar, materializando el aprovechamiento urbanístico que corresponde al suelo, de acuerdo con los instrumentos de gestión de la correspondiente Unidad de Actuación. Este serie de derechos y deberes nacen desde que el terreno tiene esa clasificación, como suelo urbanizable no consolidado, es decir, desde su aprobación definitiva.

Respecto de la vulneración del uso racional del suelo, como consecuencia de condicionar el destino de la parcela sobre la que se edificaría el Trompo, sustrayendo la libre determinación del suelo al Plan General, me remito a lo indicado en este Fundamento Jurídico, en el apartado B.

Juan Carlos de Tomás alegó que la Propuesta de legalización había tenido en cuenta y se había tenido que adaptar a las decisiones de otras administraciones, mediante la institución jurídica de la cooperación interadministrativa. Esta alegación se rechaza.

Esta cooperación interadministrativa no se recoge en la mencionada propuesta. Si el secretario municipal se vio obligado a seguir los informes, recomendaciones o imposiciones de otra administración pública, que pudiese justificar el expediente administrativo que se estaba tramitando, no lo reflejó en ningún momento en dicha propuesta.

Pero además, en ningún otro informe, propuesta o Decreto se alude a esta supuesta cooperación interadministrativa.





El único testigo que hizo referencia a la cooperación administrativa fue Gabriel Luis Andrés Martín de Lorenzo Cáceres, Jefe de Ingeniería de Estudios y Proyectos, actualmente Jefe de Proyectos y Obras de la Consejería de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias. No obstante, Gabriel Luis Andrés declaró que esta cooperación administrativa había tenido lugar entre distintas administraciones, entre ellas el Ayuntamiento de la Orotava, a la hora de construir el ramal de salida de la TF-5 en la Orotava. Igualmente Gabriel Luis manifestó que su preocupación fue que se ampliase el tramo de conexión con la autopista, y la conexión con la Vera, para que fueran lo suficientemente amplias como para dar cabida al número de vehículos que iban a entrar y salir por la autopista, ante la previsión de que en esa zona fuese un centro comercial.

Es decir, en el año 2000, con anterioridad al inicio de las obras del Trompo, ya se tenía conocimiento de que en esa parcela se iba a construir un centro comercial. O, al menos, esa era la previsión desde el Ayuntamiento. Por tanto, como luego se verá, el alcalde sí tenía conocimiento de la próxima construcción de un centro comercial en esa zona. Es más, Gabriel Luis reconoció que había tenido diversas reuniones con los representantes del Ayuntamiento y con el promotor, en relación con la construcción de la carretera, y que en estas reuniones se le indicó que en esa parcela estaba previsto construir un centro comercial.

La construcción de la autopista, como reconoció Gabriel Luis Andrés, supuso la expropiación de diversos terrenos, bajo distintas categorías de suelo: rústico, urbano....

Ahora bien, a preguntas del Ministerio Fiscal, Gabriel Luis manifestó que esta cooperación administrativa sólo había tenido por objeto la construcción de la carretera. Su objeto se limitó a que se pudiese hacer unos accesos a la carretera suficientemente amplios. Pero nunca se condicionó el suelo. Es más, Gabriel Luis declaró que la Consejería no puede modificar un suelo, al no encontrarse entre sus competencias. Así lo indica la ley. Como se ha dicho, la decisión de si un suelo es rústico o es urbano compete en exclusiva al Plan General de Ordenación Urbana, con independencia de que por factores ajenos a la Corporación municipal se puedan ver afectadas zonas del Plan General. Pero no es este el caso. En apoyo de esto, basta con leer las condiciones impuestas por la Consejería de Obras Públicas de 15 de marzo de 2000, en concreto la 4.ª *“Se ejecute el tramo de la futura Rambla que, según el nuevo Plan General de Ordenación de la Orotava, en tramitación, queda fuera de los límites del Plan Parcial del Sector 10. Las Aremas”* (folio 1656). (El subrayado es mío).

Pero es que, además, resulta obvio que la construcción de una autopista no faculta para la construcción de un centro comercial, ni transforma el suelo adyacente a la autopista de forma automática. De lo contrario, llegaríamos al absurdo de que en cada salida de una autopista pudiese haber un centro comercial construido, por el mero hecho de ser la salida de la autopista. Esta conclusión resulta ilógica.

Por otra parte, Gabriel Luis declaró que no se le había solicitado ningún tipo de informe sobre una edificación concreta.

La declaración de Gabriel Luis Andrés resulta creíble. No tiene relación de amistad o enemistad conocida con las partes, ni interés en el resultado del litigio. Por otra parte, debido a su puesto en la Administración Pública, el conocimiento de los hechos lo posee por su trabajo, y no por un conocimiento personal. Es decir, esto refuerza la ausencia de interés. Asimismo, su declaración, valorada bajo los principios de contradicción e inmediación, ha sido razonable, y coherente con el resto de la prueba practicada.





La mayoría de los documentos aportados por la defensa de Juan Carlos de Tomás Martí, se refieren a la construcción de la autopista y a la cooperación interadministrativa en relación con dicha construcción. Pero no tienen que ver con el centro comercial el Trompo (así por ejemplo, el doc. 2 o el doc. 10).

### **G) Hecho probado numerado como séptimo.**

El alcalde del municipio, Isaac Valencia Domínguez, que firmó el Decreto por el que se concedía la licencia de legalización del Trompo, sabía que este Decreto era contraria a derecho.

En el juicio oral, Isaac Valencia manifestó que durante sus años de alcalde en ningún momento se preocupó por el fondo de los Decretos que firmaba, sino porque hubiesen superado el visto bueno de los técnicos. Según Isaac Valencia, él confiaba en los trabajadores del Ayuntamiento. Una vez que le decían que todo era conforme a Derecho, este se limitaba a firmarlos. Isaac Valencia alegó que nunca fue en contra del criterio de los técnicos, dado que eso, según el consideraba, sí iría en contra de la ley. Isaac Valencia manifestó que para él todos los expedientes eran iguales, que no diferenciaba unos de otros.

A pesar de lo sostenido por el alcalde, no puede considerarse que la licencia de legalización del Trompo sea una simple y mera licencia más. No es posible que el alcalde de un Ayuntamiento como la Orotava otorgue el mismo trato a la licencia de una obra menor, que a la licencia de legalización de una de las mayores obras, sino la mayor, que se llevaba a cabo en la Orotava en aquellos años. No es creíble.

El alcalde conocía que a finales del año 2001 se iniciaron las obras para la construcción de esta obra. Sabía que se iba a construir, y muestra de ello es el Convenio de colaboración firmado en el año 1999, entre el Ayuntamiento de la Orotava, del que Isaac Valencia ya era alcalde, con el promotor, Ambrosio Jiménez. En el clausulado de esta Convenio ya se preveía expresamente que *“el cumplimiento de las obligaciones establecidas en este convenio queda sometido a la condición suspensiva de la aprobación definitiva de las modificaciones de planeamiento y al mantenimiento de las mismas de las determinaciones pactadas”* (folios 2208 y ss, en especial la cláusula Sexta, copiada, en el folio 2210).

Pero además de conocer que el centro comercial se iba a comenzar a construir, es indudable que unas obras de la envergadura del Trompo no pueden pasar desapercibidas para el alcalde de la Orotava, máxime cuando esta noticia había salido en prensa (folios 16 a 18). Y con independencia de que lo publicado en prensa fuese cierto o falso, el mero hecho de salir en prensa debería haber sido suficiente como para que un cargo político hubiese extremado las precauciones, y le hubiese prestado especial interés a ese expediente.

El alcalde no sólo conocía las obras, sino que tenía que conocer la existencia del expediente administrativo, y preocuparse específicamente por el contenido de este.

Es cierto, que propuesta del secretario que sirve como base al Decreto cuentan con el visto bueno del secretario del Ayuntamiento. Pero también lo es que el expediente administrativo cuenta con informes técnicos desfavorables y no tiene informe jurídico interno.

Evidentemente, una conducta que merezca la denominación de prevaricadora, podría venir constituida por el apartamiento injustificado de dicho informe del secretario del ayuntamiento.





El acusado siguió la propuesta del secretario municipal, por lo que, *a priori*, su actuación goza de una apariencia de legalidad. Es cierto que no puede exigirse a los representantes públicos un control exhaustivo de todos los documentos que diariamente se ven obligados a firmar. Los técnicos de las instituciones públicas, y como jefe de todos ellos, el secretario municipal, son los que tienen que velar por que los acuerdos de las entidades públicas cumplan con todos los requisitos normativos. Precisamente en eso consiste su trabajo, dada la especialidad y amplitud de las normas administrativas, y ante la evidente imposibilidad de que una única persona, un cargo político, conozca toda esa normativa.

No es exigible que todo cargo político conozca todas las normas administrativas. Ello excede de lo racional y de los límites del control humano. Y menos aún, no se puede sancionar, penalmente, este desconocimiento.

Ahora bien, no es este el caso de Isaac Valencia. Por un lado no nos encontramos, como se ha dicho ante un expediente administrativo cualquiera. El expediente sí goza del informe favorable del secretario, pero no tiene informe jurídico, ni favorable ni desfavorable. Por otra parte, los técnicos emiten informes desfavorables. Tampoco cuenta con la solicitud de licencia clasificada para los garajes.

Pero no hace falta tener conocimientos específicos para apreciar que el expediente administrativo de la mayor obra de la época de la Orotava, carece de elementos esenciales, y, al mismo tiempo, recibe informes desfavorables. Para ello basta con leer el expediente. Si el alcalde no tuviese conocimiento de las ilegalidades en la tramitación de este expediente, en el momento en que llegó a su mesa, sólo con revisar brevemente el expediente debería, al menos, haber preguntado por qué tenía informes desfavorables.

Estos defectos debieron preocupar al Alcalde, que debió hacer algo más que firmar el Decreto sin más, como declaró en el plenario.

Pero es que, además, el alcalde reconoció que Juan Carlos le había dicho que debían contratar a Luciano Parejo, ante la complejidad del asunto. Es decir, Isaac Valencia sí tuvo conocimiento de la tramitación del procedimiento. No se limitó a firmar, como declaró en el juicio oral.

Isaac Valencia, por tanto, conocía que el expediente para la tramitación de las obras del Trompo se estaba tramitando y su actuación no se limitó a estampar simplemente su firma. No obstante, si diésemos por cierto que Isaac Valencia no se preocupó ni lo más mínimo en supervisar el expediente, y se limitó a aprobar el Decreto relativo a la legalización de la mayor obra de la Orotava, sin ninguna otra comprobación, teniendo en cuenta que el asunto hasta había salido en la prensa, la conducta del alcalde hubiese sido muy grave. Supone el reconocimiento de una total falta de preocupación por los asuntos del municipio, una intolerable indolencia gubernativa. No parece ser este el caso de Isaac Valencia, quien fue alcalde de la Orotava durante unos 30 años. Esta última interpretación no se sostiene. Isaac Valencia, como buen alcalde, conocía de primera mano los asuntos de importancia de su municipio, como es el caso del Trompo.

Pero como se ha dicho, no es que Isaac Valencia no quisiese conocer el estado del expediente administrativo. Tuvo conocimiento de su contenido, de la falta de los trámites esenciales y, aún así, decidió firmar el Decreto de legalización de unas obras claramente ilegales. Con su firma, permitió la construcción sobre un terreno en el que no se podía construir.

En cuanto a la actuación conjunta de Juan Carlos de Tomás e Isaac Valencia, no es posible





que ambos acusados no se hubiesen concertado entre ellos para conceder la licencia de edificación. Debo advertir que las conductas de ambos, que han sido analizadas por separado, revisten caracteres de delito con independencia de su actuación conjunta o separada.

La actuación de Juan Carlos de Tomás se vio refrendada por la de Isaac Valencia, con la aprobación del Decreto de la Alcaldía, que daba por bueno la propuesta de Juan Carlos. Al mismo tiempo, Isaac Valencia se escudaba en la aparente legalidad de la propuesta para justificar la firma del Decreto.

Una posible actuación aislada, pero concurrente, de ambos no resulta lógica ni razonable. Es claro que ambos conocían la ilegalidad de la actuación que estaban teniendo, y se coordinaron para conseguir el resultado final: la aparente legalización del edificio el Trompo. De ahí que el alcalde no cuestionase la manifiestas irregularidades del procedimiento administrativo, y se limitase a firmar el Decreto. Y de ahí que el secretario del Ayuntamiento no se preocupase por la ilegalidad del procedimiento administrativo, pues sabía que iba a ser aprobado.

#### **H) Hecho probado numerado como octavo.**

En cuanto a la terminación de las obras, como se ha justificado en el apartado B) de los Fundamentos Jurídicos, se toma como fecha la obrante en el certificado final de obra.

En cuanto a la denominación de la parcela sobre la que mayoritariamente se asienta el Trompo, así consta en el Plan General de Ordenación Urbana de 2004, al igual que la nueva clasificación del suelo. Me remito igualmente a los folios 621 a 631 de la causa, 1030 a 1034, en el que consta el informe de la técnico municipal Violeta Trujillo Mora, y a lo ya dicho en el apartado B) de este Fundamento de Derecho.

Especial mención merece el informe de Violeta Trujillo, en el que se ratificó en el acto del Juicio Oral. Claramente se puede leer en este que, tras el PGOU de 2004, el terreno sobre el que se asienta el Trompo es en su mayoría, suelo urbano en la categoría de no consolidado por la urbanización, dentro de la Unidad de Actuación Las Arenas; y por otro, suelo urbanizable sectorizado ordenado por el Plan General (SUSO -PG, Las Arenas). Dentro de esta última zona, una parte estaría dedicada a zonas verdes, como indicaron los peritos Juan Jesús Cabrera Oliva, y José Ángel Domínguez Anadón.

En cuanto al informe de 16 de septiembre de 2005, del arquitecto municipal de la Orotava, Fernando Hernández García, este señaló en relación al nuevo reformado del proyecto, presentado por el promotor, que plasmaba las modificaciones operadas a lo largo de la ejecución de las obras, no se ajustaban al proyecto inicial aprobado. Se advierte que la Unidad de Actuación de Las Arenas no estaba gestionada, no se había tramitado convenio de gestión urbanística ni tampoco el Proyecto de Urbanización. Tampoco se habían llevado a cabo, en aquel momento, las cesiones obligatorias y otros deberes del promotor. Tampoco se contaba con licencia de actividades clasificadas para los garajes colectivos.

Posteriormente, el 9 de diciembre de 2005, la técnica de los servicios jurídicos municipales, Segunda del Castillo, emitiría informe jurídico favorable (folio 671) a la legalización del proyecto de ejecución, a la vista de que se habían cumplido con la monetarización del 10% del aprovechamiento y que se estaba tramitando la licencia de la actividad de garajes. Igualmente la técnico municipal informa de forma favorable la licencia de ocupación parcial de la obra civil comercial, si bien condicionada al cumplimiento de la cesión de los terrenos destinados a espacios libres y red viaria.





Con independencia de que el informe de 16 de septiembre no sea necesario para determinar los hechos típicos, sí es relevante para corroborar que la actuación de los tres acusados se llevó al margen del respeto a la norma. Asimismo, este informe ratificó lo indicado en el hecho probado segundo, en cuanto a que el terreno no estaba completamente urbanizado. La tesis del cambio de la naturaleza del terreno por la urbanización no se sostiene.

Pero también, como muestra de la ilegalidad de la licencia de construcción, no se solicitó la licencia de actividad clasificada para garajes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, vigente en aquella fecha. Esta solicitud se produce únicamente tras la modificación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana. La razón por la que la tramitación de esta licencia se produce con posterioridad al cambio del suelo es evidente: los órganos autonómicos nunca concederían una licencia para una actividad como garajes en suelo rústico.

Finalmente, la licencia de Primera Ocupación se solicita el 3 de diciembre de 2004 (folio 653), estando el expediente para la concesión de la licencia de primera ocupación en los folios 642 a 693. La licencia de primera ocupación se concede el 14 de diciembre de 2005, condicionada al cumplimiento de la condición del folio 672 vuelto. Finalmente, mediante Decreto de 26 de junio de 2006, se concede la Licencia de primera ocupación (folio 687 vuelto). También se concede, finalmente, licencia de primera ocupación para los garajes, el 13 de septiembre de 2006 (folio 692), previa Resolución del Director del Área de Desarrollo Económico Comercio y Empleo del Cabildo Insular de Tenerife, otorgando a tal actividad la calificación de Molesta, Insalubre y Nociva.

#### **I) Hecho probado numerado como noveno.**

El exceso de volumen del Trompo se ha acreditado mediante el informe pericial de Juan Jesús Cabrera Oliva, sin que sean aceptables las conclusiones del informe pericial de José Ángel Domínguez Anadón.

Considero que los informes periciales de Juan Jesús Cabrera Oliva merecen mayor credibilidad que los informes del perito José Ángel Domínguez Anadón, al explicar de forma más clara y precisa la medición del suelo y las razones por las que el actual edificio del Trompo excede del límite de edificabilidad permitido por el Plan General de Ordenación Urbana de 2004.

En primer lugar, en cuanto al suelo, Juan Jesús Cabrera rechaza tajantemente que el suelo sobre el que mayoritariamente se asienta el Trompo se haya modificado como consecuencia de la urbanización. A diferencia de ello, el perito, José Ángel Anadón, en su primer informe pericial da por hecho que, vigente el PGOU de 1990, se puede edificar sobre la parcela del Trompo, otorgando, incluso un coeficiente de edificabilidad a dicha parcela. No obstante, como indicó Juan Jesús Cabrera, el coeficiente de esta parcela es 0. No es posible que una parcela cuyo suelo es rústico posea un coeficiente de edificabilidad. José Ángel Anadón aplica un coeficiente de otra parcela y afirma que *“el centro comercial EL TROMPO”, como se detalla en los planos de medición adjuntos cumple con la limitación de 0,95 M2/M2* (Folio 803). No explica en su informe que, en todo caso, el valor de edificabilidad es 0, ni tampoco que estaba planteando una hipótesis para el caso de que sobre ese terreno sí se pudiese construir.

José Ángel Domínguez Anadón mantiene que la urbanización, mediante la autopista, las





dotaciones de servicios y las respectivas expropiaciones transformó el suelo. Así lo mantuvo en sus dos informes periciales. En el acto de la vista, José Ángel indicó, a preguntas de la transformación régimen del suelo que: “...el suelo se transforma porque obras públicas, ya en las expropiaciones originales que son como del año 96, había previsto una expropiación para conectarse con la trama urbana, que era una finca, una fricción a la finca con la que colinda el Trompo que tiene planta de L (...) cuando se plantea lo de la rambla, a carreteras le parece bien y lo diseña a su manera, cambiando incluso lo que había aprobado la COTMAC, que era mi diseño, un diseño de tipo urbano y ellos lo hacen de tipo viales de salida de autopista. Entonces se ejecuta esa conexión como continuación del Sector 10, que es la conexión del sector 10, que ocupa o urbaniza realmente un suelo nuevo, un suelo restante, al lado, entre el Sector 10 y el enlace de la autopista. Lo hace de esa manera y en ese momento transforma el suelo, lo transforma desde que aprueba la expropiación y en todo el proceso de cooperación interadministrativa, que se desata después, porque según la ley del suelo, no es la única que hay que aplicar...” (El subrayado es mío).

A preguntas de cual era el status urbanístico del suelo, José Ángel Domínguez Anadón respondió que:

“El status urbanístico del suelo era el que se deriva de la conjunción de las leyes que hay que aplicarle y del proceso de planeamiento que está en marcha. Era un suelo en transformación, que no se hace de la noche a la mañana, y se hizo bastante rápido (...) y está en transformación, de manera que formalmente el status según el plan es un suelo rústico potencialmente productivo, pero ya ha sido transformado por la expropiación; se va a transformar por la ejecución de la conexión con el enlace de la autopista y se va a colmar su transformación cumpliendo las condiciones del art 50 del RD 1/2000, que esté dotado de acceso, servicio de agua y luz, que y a los tenía, porque los tenía el sector que estaba ampliando que era el 10....”. (El subrayado es mío).

Las explicaciones del perito no son, a mi juicio exactas. El suelo era rústico potencialmente productivo, no sólo formal sino también materialmente. La carretera o la conexión de la autopista no incide, como ya se ha explicado en la naturaleza del suelo, si bien puede justificar la posterior revisión del planeamiento. Pero en 2002, a diferencia de lo indicado por José Ángel Domínguez Anadón, no se produce ninguna transformación sobre el terreno anexo al Sector 10. Al menos, no se produce ninguna transformación en la calificación del suelo, ni tampoco ninguna transformación de derecho.

El perito José Ángel Domínguez Anadón intenta justificar la construcción del Trompo, con base en circunstancias ajenas al planeamiento, esto es, al documento que clasifica el suelo. Parece que el perito intenta explicar la construcción en base a un futurible, esto es, lo que sería lógico que sucediese. Pero como se ha visto, no puede admitirse futuribles en el urbanismo, ni en la ordenación del territorio. Es más, en el folio 1190, el perito llega a indicar que “en julio (de 2002) la obra de urbanización estaba prácticamente terminada, según informe del Aparejador Municipal, y con ella la parte del edificio en la que se apoyaba el muro de la Rambla, y seguramente algo más”. Como se ha visto, ni siquiera con la aprobación del PGOU de 2004 se llegó a urbanizar la parcela completamente. El vaticinio de “seguramente algo más”, parece que no se cumplió.

En definitiva, se acerca a la tesis de Luciano Pareja de la transformación por vías ajenas al planeamiento, o ajenas a otras vías formales. El apoyo a esta tesis supone una falta de credibilidad importante sobre los informes periciales, al partir de unos datos y de una teoría inexacta.





En segundo lugar, en cuanto a la medición de la parcela, el perito judicial, Juan Jesús Cabrera, lleva a cabo una mediación manual, mediante la comprobación y superposición de planos. Juan Jesús Cabrera admite un posible error en su medición de un 0,5-1 %. A pesar de ello, la medición de la finca es sustancialmente idéntica a la del perito José Ángel Domínguez Anadón, 25.847,90 metros frente a los 25.847,70 metros del primer informe pericial de este. De ahí que Juan Jesús Cabrera asuma la medición de 25.847,70 metros cuadrados. El método manual empleado se revela como especialmente certero.

Frente a ello, José Ángel Domínguez indica que encargó la medición de la parcela a un topógrafo, y que no la llevó a cabo por él mismo. Y ello es especialmente relevante, porque el perito cambia de medición sin una verdadera razón. José Ángel Domínguez, una vez que el perito judicial realiza los nuevos cálculos con los planos que había solicitado, de repente descubre que la primera medición no es exacta. Por ello, decide enviar al topógrafo a realizar una nueva medición y descubre que no se ha incluido una parte de la parcela. La explicación no resulta creíble. De un lado porque parece extraño que a un topógrafo se haya olvidado de la parte de la finca. De otro porque no se ha llamado a declarar a esta persona para que pueda corroborar este “olvido”. Pero en todo caso, la modificación sólo se lleva a cabo una vez que el perito judicial recibe toda la documentación y mide la parcela.

En tercer lugar, José Ángel Domínguez Anadón critica, en el folio 1193 de su informe, que Juan Jesús Cabrera mida el fondo edificable en las plantas inferiores a la baja partiendo del paramento interior del muro, manifestando que este argumento es “novedoso y carente de fundamento normativo”. Evidentemente, no existe una norma jurídica que indique el punto inicial de la medida de las plantas inferiores al suelo de una edificación a los efectos de calcular el volumen según PGOU de la Orotava. Desconozco si existe alguna forma urbanística para llevar a cabo dicho cálculo, pero lo cierto es que el perito José Ángel Domínguez Anadón no la ha aportado. Es más, este señala que para determinar esta mediación, debe atenderse al “sentido común” para interpretar el PGOU.

Pues el sentido común lleva a la conclusión de que el perito judicial acierta al medir la superficie desde el paramento interior. El PGOU de 2004 amplió la superficie edificable en plantas por debajo de la baja a 12, respecto de la que recogía el PGOU de 1990, de 10 metros, como reconocieron ambos peritos. Parece lógico que esto obedece a una intención de ampliar el espacio comercial o residencial, en plantas inferiores a la baja. Por ello, parece razonable que esta superficie de 12 metros sea real, esto es, que se compute desde el límite del paramento interior y que dentro de estos 12 metros no quede incluido el volumen del muro o de la fachada.

Es lógico que si se pretende ampliar la zona comercial o residencial, congruentemente, se vea ampliado el volumen del edificio. Entiendo cabal y razonable el argumento de Juan Jesús Cabrera (folio 1124 in fine) y completamente desacertada la crítica de José Ángel Domínguez Anadón. Es más este último ni siquiera propone una alternativa a lo indicado por Juan Jesús Cabrera.

En cuarto lugar, y también en relación con esta última cuestión, José Ángel Domínguez Anadón interpreta, a mi juicio, de forma errónea el artículo 66 del PGOU. Muestra de ello es el folio 1199, en el señor Anadón manifiesta que el hipotético cierre del muro implicaría que dejase de ser considerado una fachada, si se diesen por buenas las premisas del perito judicial.





Considero que el art. 66 PGOU no determina la consideración de fachada, en exclusiva, atendiendo a la existencia de un hueco, sino también a la posibilidad de que este se pueda abrir. Es decir, si diésemos por válida de la afirmación del perito judicial, el hecho de que el promotor tapiase esa zona no implicaría el cambio de valoración de la zona a efectos de volumen de edificabilidad, como sostiene el señor Anadón. La solución de este perito no resolvería el hipotético exceso.

En quinto lugar, en el folio 1194, José Ángel Domínguez Anadón incurre en un error esencial, en relación con la medición de las entradas y salidas a los garajes. El perito hace referencia al apartado 3, del artículo 66 del PGOU, indicando que del cómputo de edificabilidad están excluidos los pórticos y los porches. Ahora bien, el artículo 66.3 del PGOU de la Orotava dispone: *“En el cómputo de la superficie edificada por planta quedan excluidos los sótanos, salvo las excepciones contempladas en estas Normas; los patios interiores de parcelas que no estén cubiertos; los pórticos o porches en plantas bajas porticadas, excepto las porciones cerradas que hubiera en ellos y siempre que su superficie no exceda al 20% de la superficie total del correspondiente nivel; los elementos ornamentales en cubierta que no sean susceptibles de ser ocupados por espacios habitables; y la superficie bajo cubierta inclinada, si carece de posibilidad material de uso o está destinada a instalaciones generales del edificio como depósitos de agua.”* (El subrayado es mío).

La exclusión del cómputo de la edificabilidad, por tanto, no es total, sino sólo en el caso de plantas bajas. Pero en el informe del perito de parte, se indica expresamente que la entrada al garaje se encuentra “bajo rasante” (folio 1195 supra). En definitiva, no es aplicable a los garajes la exclusión de edificabilidad pretendida por este perito.

Por último, José Ángel Anadón, con evidente sorna, intenta descalificar al perito judicial, en el folio 1192 al criticar que Juan Jesús Cabrera hubiese confiado en el proyecto original y, por tanto, no se hubiese pronunciado sobre la edificabilidad en su primer informe. El intento de descalificación no logra su propósito, sino más bien el contrario. Resta credibilidad al propio.

Por todo lo dicho, rechazo el informe pericial elaborado por José Ángel Domínguez Anadón, considerando que incurre en demasiadas inexactitudes, dando por buenas las mediciones del perito judicial, Juan Jesús Cabrera Oliva.

El informe de este último es objetivo, imparcial y se redacta con un lenguaje claro y fácilmente entendible. Explica de forma razonable las modificaciones de las parcelas tras la aprobación del nuevo PGOU, la medición de estas y los coeficientes de edificabilidad. Asimismo, no duda en reconocer la posible existencia de un margen de error, lo que refuerza la credibilidad de su informe. En cualquier medición es obvio que pueden existir fallos. No reconocerlos pone en duda la medición. Por otra parte, critica acertadamente el informe de Luciano Parejo. Por todo ello, se acogen sus conclusiones, que son las que figuran en los hechos probados.

#### **J) Otras cuestiones relativas a la prueba.**

En relación con otras cuestiones que han sido objeto de debate, es preciso señalar que la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso en relación con la suspensión de las obras del Trompo (folios 539 y 545) no tiene relevancia con el objeto del presente procedimiento. La petición del demandante, Manuel González Álvarez, consistía en solicitar la revocación de la orden de suspensión de las obras, que dictaminó, inicialmente el Ayuntamiento de la Orotava.





Como se ha indicado, la inicial suspensión de las obras y el requerimiento de legalización de la obra dieron lugar al expediente administrativo que sí constituye el objeto de este procedimiento. No forma parte de él la orden de suspensión, que sí fue conforme a derecho. Pero lo que se cuestionaba en el procedimiento administrativo fue la primera orden de suspensión, solicitándose en concreto la revocación de esta suspensión. La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso desestima la pretensión del recurrente y considera correcta la orden de suspensión, advirtiendo que no constituye objeto de aquel procedimiento la legalidad de las obras y la posible demolición.

Manuel González Álvarez también declaró en el plenario, reconociendo que la Sentencia había desestimado la demanda que, como representante de un grupo político, había interpuesto. Dado el tiempo transcurrido no pudo precisar exactamente en qué momento había visitado las obras. Sí pudo precisar que se trataba de una obra de grandes dimensiones.

En cuanto a la declaración de los testigos José Manuel Hernández Hernández y Juan Jesús Martín González no han sido tenidas en cuenta a la hora de determinar y justificar los hechos declarados como probados. Ambos se mostraron dubitativos en su declaración, lo que resulta comprensible dado el tiempo transcurrido. En respuesta a muchas de las preguntas que se les formularon llegaron a indicar que no se acordaban, que podía ser. Ambos pueden tener un cierto interés en la causa, al haber formado parte del partido político de la oposición y del gobierno municipal respectivamente.

En todo caso, el hecho de la construcción y de que esta se estaba llevando a cabo con anterioridad a que se obtuviese cualquier licencia de construcción, que las obras excedían de lo que se puede considerar un mero muro de carga, o la existencia del convenio urbanístico entre el Ayuntamiento y el promotor Ambrosio Jiménez ya han sido corroboradas mediante el resto de prueba.

En cuanto a la declaración de Adela Díaz Morales, técnica del área de planeamiento, no intervino en el expediente de legalización del centro comercial del Trompo. Su intervención se limitó al expediente previo de suspensión de obras. En cuanto a su declaración, sólo vino a corroborar lo que ya ha quedado acreditado anteriormente y que resulta más bien una cuestión puramente jurídica: que no es posible que un plan parcial afecte a un terreno para el que no ha sido diseñado; que la posibilidad de que en un expediente administrativo intervenga un asesor externo no excluye la obligación de que un funcionario emita el preceptivo informe; o que la aprobación inicial de un Plan General puede sufrir modificaciones, internas o externas, como lo son las de un organismo supramunicipal como la COTMAC.

Tampoco resultó relevante la declaración de José Jesús Flores, que elaboró el proyecto básico de ejecución del Trompo, pero que dado el tiempo transcurrido no recordaba, ni siquiera, los criterios que había utilizado para realizar el informe.

Del mismo modo, la declaración de José Antonio Fernando Plasencia García, representante legal de APYMEVO (“Asociación de Pequeños y Medianos Empresario de la Orotava”), tampoco resultó relevante para la determinación de los hechos. Su intervención, a lo largo del procedimiento se limitó a personarse y tomar conocimiento de la tramitación del procedimiento. Como representante legal de la Asociación, buscaba proteger los intereses de los pequeños y medianos empresario de la Orotava frente al crecimiento, en aquella época, de las grandes superficies comerciales.





Por lo que se refiere a la declaración de la técnico municipal, Segunda del Castillo, esta se mostró dubitativa, remitiéndose en varias ocasiones a “lo que consta en el expediente”, y respondiendo “que no se acordaba”. Además, sus contestaciones fueron imprecisas, vagas y poco concluyentes. Por otra parte, su intervención en el expediente del Trompo tiene lugar una vez que ya había sido concedida la licencia de construcción. Segunda del Castillo, como técnica jurídica municipal, interviene en una fase posterior, en la concesión de la licencia de primera ocupación y de la actividad de garajes. Su declaración, en definitiva, tampoco resulta relevante, más allá de la ratificación de los informes en los que intervino.

En cuanto a la documental presentada en el acto de la vista por la defensa de Ambrosio Jiménez, los documentos 1 y 2 ya han sido comentados al resolver las cuestiones previas, a las que me remito. Los documentos 3 a 5 y 7 se refieren a la construcción de la carretera, cuestión que, como he analizado, no determina ni afecta a la construcción del edificio, ni tampoco clasifica el suelo. El documento 9 es el Convenio entre el Ayuntamiento de la Orotava y Ambrosio Jiménez, y el documento 10 la propuesta que sirve de base al Convenio, ya analizados. Los documentos restantes son planos y fotografías.

En cuanto a la documental presentada en el acto de la vista por la defensa de Juan Carlos de Tomás Martí, esta se compone de 25 documentos:

Los documentos 1 a 3 se refieren a la construcción de la autopista. Me remito a lo indicado anteriormente. El documento 4 es un plano obtenido del sistema GRAFCAN sin mayor explicación, y referido al año 1996, de nulo valor probatorio. El documento 5 es el Convenio entre el Ayuntamiento de la Orotava y Ambrosio Jiménez y la propuesta que sirve de base al Convenio, ya analizados. Sin embargo, los documentos 6 a 9 son completamente irrelevantes, refiriéndose bien a hechos relacionados con la ya reiterada construcción de la autovía, bien referidos al Sector 10.

Quiero hacer especial mención al documento 8 (folio 2217 de la causa). Se trata de un certificado de la secretaria accidental en el que se indica que en el expediente tramitado en relación con la modificación del Plan Parcial del Sector 10 se cumplió con la normativa administrativa. Pero como se ha explicado el expediente objeto de este procedimiento se refiere a la parcela aneja al Sector 10. La pregunta es la siguiente: ¿por qué la defensa no ha obtenido un certificado en los mismos términos en relación con el expediente de legalización de el Trompo? La respuesta parece sencilla. El expediente de legalización del Trompo no cumplió la legislación urbanística.

Los documentos 10, 11, 22 y 23 se refieren nuevamente a la cooperación interadministrativa para la construcción de la autopista o del enlace de la autopista.

Los documentos 12, 13, 14 y 15 se refieren a actuaciones llevadas a cabo sobre el Sector 10.

El documento 17 se refiere al cumplimiento del promotor de sus obligaciones en la Unidad de Actuación Las Arenas. Este documento carece de relevancia para la determinación de los hechos típicos. La acusación no se dirige por esta falta de cumplimiento de las obligaciones del promotor. Sí resulta necesario resaltar que, a diferencia de los anteriores documentos, este sí se refiere a la parcela sobre la que se asienta el Trompo que, en ningún momento, hace referencia al Sector 10.

El documento 18 se refiere a la recepción de las obras de urbanización de la unidad de actuación las Arenas. Este documento hace referencia a que el 9 de diciembre de 2005 el Ayuntamiento aprobó la recepción definitiva de las obras de urbanización de la Unidad de Actuación de las Arenas. Este documento debe ponerse en conexión con el Plan General de Ordenación Urbana, aprobado el 16 de julio de 2004, en el que se señala que la parcela se





clasifica como urbanizable no consolidada. Este documento 18 sólo corrobora que la urbanización de la zona fue posterior, en concreto a finales de 2005. Confirma, en definitiva, la hipótesis de la acusación.

El documento 19 se refiere a la puesta en funcionamiento de los garajes del Trompo. Cabe plantearse lo mismo que respecto del documento 8. Además, no se hace referencia en este documento al momento en que se solicitó la preceptiva licencia de actividad clasificada.

Los documentos 20 y 21 carecen de relevancia.

El documento 25 ya ha sido objeto de valoración.

Respecto del documento 24, el “informe pericial” de Carlos A. Ruiz Pérez, se rechaza en su integridad. Se realizan en este informe una serie de descalificaciones y valoraciones inaceptables. Así por ejemplo, en el folio 2291, al indicar que Juan Jesús Cabrera realiza su informe “violando las premisas del Dictamen que le solicita el Juzgado”.

Este informe incurre en contradicciones manifiestas, como en el folio 2290 (supra, en la tercera y cuarta línea) y en el folio 2291 (apartado 4º), en relación con el valor de un Plan Parcial.

Además, se fundamenta en el informe de Luciano Parejo, lo que debería ser suficiente como para no prestar más atención a este “informe”. Se dedica, también, a analizar la figura de la cooperación administrativa, que como se ha visto, no tuvo incidencia en la construcción del Trompo, ni en la clasificación del suelo como rústico. Incorpora una serie de preceptos legales, jurisprudencia y análisis doctrinal, que no se adecua al caso que nos ocupa. En cuanto a las mediciones, se limita a reproducir las del perito José Ángel Domínguez Anadón, por lo que no aporta nada nuevo, ni justifica en modo alguno estas mediciones. Tampoco declaró en el plenario para intentar justificar o explicar los numerosos defectos de su informe.

Por último, en relación con sus conclusiones, la tercera es una copia, como dije, de José Ángel Domínguez Anadón; la segunda no es relevante ni tiene relación con los hechos objeto de este procedimiento; y la primera, intenta contrarrestar las afirmaciones de Juan José Cabrera, sin arrojar ni un sólo argumento que permita discutir el informe del perito. En definitiva, el “informe” presentado no aporta ningún conocimiento al juzgador, no siendo útil, ni necesario. No cumple con su cometido.

Respecto del documento número 16, este será analizado conjuntamente con el obrante a los folios 1624 y siguientes en un fundamento de derecho separado, ante la duda razonable de que se trate de documentos falsos. En todo caso, Emilio La Roche, técnico del Ayuntamiento que reconoció haber firmado ese documento, manifestó que no se trataba de la licencia elaborada en el seno del expediente de legalización del Trompo. Emilio La Roche es el técnico municipal que emite el informe de 10 de octubre de 2002, (folios 45 a 48, reproducido en los folios 251 a 254 entre otros), y que firma el documento 16 de la defensa de Juan Carlos de Tomás.

## **SEXO. Calificación jurídica de los hechos.**

Los hechos probados son constitutivos de tres delitos contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 y .3; y de dos delitos de prevaricación administrativa, uno de ellos del artículo 320.1 y otro de ellos del art. 320.2 del Código Penal, en su redacción en el momento de los hechos, entre los años 2001 y 2004. Llevaré a cabo un análisis de estos preceptos, en función de cada acusado.





### **A) Respetto del acusado Ambrosio Quintana Jiménez.**

Ambrosio Quintana Jiménez ha cometido un delito contra la ordenación del territorio previsto en el artículo 319.1 y .3 del Código Penal.

El artículo 319 del Código Penal, en su redacción en el momento de los hechos y, por tanto, anterior a la reforma de 2010 dispone: *1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.*

*2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.*

*3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.*

Los requisitos para entender cometido el delito del artículo 319.1 del Código Penal, esto es, el tipo agravado del delito contra la ordenación del territorio son los siguientes: *“1º) El sujeto activo ha de reunir una de las siguientes condiciones: promotor, constructor o técnico director.*

*2º) Ha de realizarse una construcción.*

*3º) Ha de tratarse de una construcción no autorizada.*

*4º) Esa construcción no autorizada ha de tener lugar en "en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan, legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección".*

*5º) Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir dolo en cualquiera de sus clases: directo de primer grado o intención, o dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, o dolo eventual” (STS de 6 de abril de 2009).*

En cuanto al primer requisito, Ambrosio Jiménez Quintana, a través de la mercantil Proyectos Inmobiliarios las Arenas, de la que reconoció que era el administrador único, no sólo promovió sino que también construyó el centro comercial del Trompo. Ambrosio Quintana es un profesional de la construcción. Si bien la jurisprudencia, como se verá, interpreta el concepto promotor desde un punto de vista amplio, no limitándolo exclusivamente a quien técnicamente sea promotor.

En cuanto al requisito de la construcción, es obvio que el Trompo es una construcción, entendiendo por tal una obra de ingeniería, arquitectura o albañilería. En términos utilizados por la STS de 29 de noviembre de 2006, con la construcción *“se produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada (...)”*





En cuanto al requisito de que esta construcción no sea autorizada, la doctrina ha separado el concepto de “no autorizada”, que utiliza el artículo 319.1 del Código Penal, del concepto de “no autorizable” del apartado segundo de dicho precepto.

Por “no autorizada” debe entenderse cualquier obra que no cuente con las licencias o permisos necesarios para llevar a cabo esta construcción. Dentro del concepto de “no autorizable” se incluyen aquellas obras que no tienen licencia y permiso pero que, además, de forma racional, se puede afirmar que nunca podrían tenerlo.

La discusión doctrinal y jurisprudencial, en relación con estos términos finalizó con la entrada en vigor de la LO 5/2010, que dio nueva redacción a ambos preceptos unificándolos bajo el término “no autorizable”. En efecto, parece excesivo entender que toda obra en la que concurra una irregularidad administrativa pueda ser merecedora de reproche penal. Piénsese en el siguiente ejemplo: una construcción de uso agrícola, sin licencia administrativa, en una zona agrícola de especial protección en la que caben determinadas construcciones destinadas a ese uso. Pues bien, literalmente habría que entender cometido el delito. En realidad ello excedería de la finalidad y cometido del derecho penal. Se trataría de una conducta corregible en vía administrativa. No debe olvidarse el carácter de ultima ratio del derecho penal.

Desde otro sector doctrinal se afirmó que la utilización del término “no autorizada” del artículo 319.1 del Código Penal se debía a que en ningún caso se podría conceder una licencia administrativa sobre las zonas a las que hacía referencia tal precepto. Rechazo esta afirmación pues, como se ha visto, incluso en alguna de las zonas del artículo 319.1 CP cabría llevar a cabo determinadas construcciones.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2003, analizando esta duplicidad terminológica afirma que *“en el mismo precepto penal se reúne una doble y diferente alusión a la irregularidad administrativa, concretada en el tipo básico del apartado segundo al defecto de posibilidad de autorización (“no autorizable”), mientras que en el tipo cualificado del párrafo primero literalmente se incrimina la irregularidad por ausencia o falta de correspondencia con la autorización (“no autorizada”), para concluir que, aún cuando “la taxatividad de la norma en punto a su dicción (“no autorizada”) podría hacer pensar que, efectivamente, se está castigando en el apartado primero del referido artículo 319 todos los casos en que la obra reúna tal condición, con total independencia de que pueda ser o no “autorizable”, lo que puede encontrar su explicación precisamente en la circunstancia de que se hace prima facie difícil concebir la posibilidad de obtener autorización administrativa en los lugares señalados en dicho apartado, precisamente por tratarse de espacios objeto de una especial protección, sin embargo “la necesidad de que el bien jurídico protegido haya resultado materialmente afectado por la conducta enjuiciada, parece emerger como exigencia indefectible desde el punto y hora en que la común estructura de los diversos tipos incluidos en el precepto, y aun en el capítulo, abona que la sanción penal responda a comportamientos material y no sólo formalmente lesivos de lo que mediante la ordenación del territorio trata de protegerse, sea ello por conculcación directa de los valores a preservar, o indirectamente por la infracción de la normativa que los regula, pues ni parecen criminalizarse figuras obedientes a una pura contravención de trámites desligados de su correlativo impacto ambiental o territorial, ni se sancionan tampoco todas las posibles conductas contraventoras, sino exclusivamente las de impacto más inconveniente, más álgido, o de mayor categoría en*





relación con la intensidad de la protección (suelo no urbanizable o suelo especialmente protegido), lo que evidentemente pugna desde interpretaciones lógicas y sistemáticas con otro punto de vista inclinado a sancionar por simples contravenciones de no efectiva repercusión negativa para el territorio en la forma que viene dispuesta su ordenación, lo que incluso podría afectar al principio de subsidiariedad en atención a la comentada protección dispensada sobre los supuestos que más gravemente afectan al bien jurídico protegido". (El subrayado es mío).

Es decir, que se exige no sólo una mera irregularidad administrativa, como parece desprenderse del término "no autorizada", sino que es preciso algo más, una afección al bien jurídico del suelo, a su racional uso. Se requiere, en definitiva, que la obra no pueda ser corregida mediante un procedimiento administrativo.

Dicha conclusión, como se ha adelantado, se recoge ya en el art. 319.1 del Código Penal, tras su modificación efectuada por LO 5/2010. Y en este sentido, la Audiencia Provincial de Las Palmas (SAP de 26 de febrero de 2015) considera aplicable el término "no autorizable" por ser más beneficioso para el reo. Y así señala que "En otro orden de cosas, el tipo objetivo del artículo 319.1 del Código penal, exige que se trate de una construcción no autorizada, mientras el apartado 2 del mencionado precepto abarca las edificaciones no autorizables lo que había dado lugar a una fuerte polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la tipicidad conforme al apartado primero de aquellas construcciones que no estando autorizadas, eran no obstante autorizables, aunque hay que decir que dicha polémica está superada en la actualidad por la nueva redacción del apartado 1 del artículo 319, introducida por la reforma operada por la LO de 1995 (entiéndase 2010), que sustituye el término "autorizadas" originariamente utilizado por el legislador por el de "autorizables", ya empleado para la tipificación de las edificaciones previstas en el apartado segundo, equiparando pues la protección penal que se dispensa en los dos tipos penales regulados en el precepto en cuestión, de suerte que la persecución penal de las conductas previstas en el apartado primero, que es el que se imputa a la acusada, pasa por la exigencia indeclinable que la construcción sea efectivamente no autorizable".

En efecto, como ya destacaba la SAP de Las Palmas, Sección 1ª, de fecha 25/7/2011 "debe señalarse que la redacción vigente del art. 319 del CP ha variado respecto de la que era de aplicación a la fecha de los hechos, tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, y que resulta de aplicación en cuanto resulte más favorable al reo como exige el art. 2.2o del CP". (El subrayado es mío).

Sea como fuere, bien mediante la interpretación del término "no autorizada", bien mediante la aplicación del precepto penal más favorable, lo cierto es que la comisión del delito requiere una construcción que no pueda tener lugar, que no se pueda autorizar.

Y a este efecto, es necesario advertir que la falta de legalización debe analizarse en relación con el momento de la construcción. Así, la Sentencia de 26 de febrero de 2015 de la Audiencia Provincial de Las Palmas señala que: "Bien entendido, en cualquier caso, que el empleo del término "no autorizable" no se está refiriendo a la posibilidad de que en un futuro, pudiera modificarse la naturaleza del suelo y consiguientemente la legalidad urbanística; pues en ese caso no podría cometerse nunca este delito pues la calificación del terreno, es susceptible de cambio por el legislador o resolución de la administración competente en materia urbanística. Es claro, por tanto, que este elemento del tipo debe referirse a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza (...)". (El subrayado es mío).

Por eso, la obra, en el momento en que comenzó a construirse el Trompo no era legal ni legalizable. Es más, pese a que contaba con una licencia urbanística, la 312/2002, lo cierto es





que esta licencia era ilegal. Existía, formalmente, una licencia que autorizaba la construcción. Ahora bien, materialmente, en ese terreno, hasta la aprobación el 16 de julio de 2004 del nuevo Plan General de Ordenación Urbana no era posible la construcción de una edificación como el Trompo. Y el acusado, Ambrosio Jiménez Quintana, era consciente de ello. La licencia 312/2002, a todos los efectos, es como si nunca se hubiese concedido.

Como se ha reiterado, el terreno sobre el que se asentó el Trompo era en su mayoría rústico potencialmente productivo, más de 24.000 metros cuadrados; y en una menor parte, unos 3200 metros zona dedicada a zonas verdes. En relación con el segundo tipo de terreno, no es posible ningún tipo de construcción. En relación con el suelo rústico, sí es posible determinadas construcciones, si bien todas ellas referidas a la actividad agrícola o ganadera (art. 66 Real Decreto Legislativo 1/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias). No cabía, en ningún caso, una construcción como el Trompo.

En todo caso, el concepto de autorizable es una norma penal en blanco. Dependerá en este sentido de las normas urbanística, que serán las que determinarán si la construcción se puede llevar a cabo en un determinado lugar. En este sentido SAP de Las Palmas de 26 de febrero de 2015.

La conclusión es que la obra del Trompo nunca pudo ser objeto de autorización en el año 2002, fecha en que se concede la licencia de obra mayor. El promotor, y constructor, nunca pudo comenzar las obras en este terreno, ni tampoco reanudarlas, una vez que se suspendieron.

El siguiente requisito exigido jurisprudencialmente es que se ocupe una de las zonas a las que hace referencia el artículo 319.1 del Código Penal: *“suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”*. Este es el requisito que, fundamentalmente, diferencia el tipo agravado del artículo 319.1 del tipo básico del artículo 319.2 del Código Penal, que hacía referencia a edificaciones en suelos *“no urbanizables”*.

Ahora bien, no llega con una mera construcción en esta zona, sino que es preciso una afectación del bien jurídico protegido, esto es, el uso racional del suelo. Como ya indiqué en el anterior fundamento jurídico, esta afeción tiene lugar desde el momento en que se condiciona irremediamente el futuro del suelo como consecuencia de una construcción.

La STS de 28 de marzo de 2006 señala que *“no podemos olvidar que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la “normativa”, sobre ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia, en el art. 319, y a la prevaricación administrativa, en el art. 320 CP, sino que así como en el delito ecológico (art. 325), no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el “delito urbanístico” no se tutela la normativa urbanística -un valor formal o meramente instrumental- sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales” (arts. 45 y 47 CE), es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico*





comunitario de los denominados "intereses difusos" pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. Su protección -entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de intervención de los Poderes Públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución.

Siendo así la necesidad de la normativa penal no parece cuestionable de una parte, la progresiva degradación del medio ambiente producida, entre otras razones, por una incumplida ordenación del territorio; (...)

Consecuentemente una cosa es que la realización de estos delitos presupongan que solo se castiguen las conductas más graves entre la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio y otra completamente distinta es que la interpretación de los arts. 319 y 320 haya de hacerse sistemáticamente bajo la suposición prioritaria del principio de intervención mínima, constatadas que sean los elementos constitutivos del tipo penal. (El subrayado es mío). En el mismo sentido, la STS de 29 de junio de 2006, que recalca que lo que se protege mediante estos preceptos trasciende "de lo que pudiera considerarse un mero problema de construcciones y licencias".

Y este es exactamente el supuesto de hecho planteado en este procedimiento. Se ha sustraído al planeador, esto es, al legítimo encargado de clasificar el suelo, la posibilidad de decidir si en lo que terminaría siendo la Unidad de Actuación de Las Arenas, debía incluirse un determinado tipo de edificio, si podían incorporarse zonas verdes, o si debía limitarse de algún modo la construcción.

La existencia del Trompo condicionó el planeamiento. Lo modificó. Una obra ilegal determinó la clasificación del suelo. Se modificó la norma en función de la ilegalidad, determinado la ordenación del territorio. Ahí la afección al bien jurídico. No es defendible que el Trompo meramente se adelantó al Plan General de 2004, pues ello no es así. En el año 2001 y en el año 2002 no se podía conocer el resultado final del suelo y el tipo de construcción que se planificarían sobre esa zona. No se trata de una mera irregularidad ni de una falta de licencia. Se atentó directamente contra la ordenación del territorio.

La inoperancia de la disciplina administrativa justificó la creación de estos tipos penales (STS de 27 de noviembre de 2011). Y esto es lo que ha sucedido en este procedimiento. La completa falta de preocupación por el suelo por parte de la administración pública que estaba obligada a protegerlo, esto es, por parte del Ayuntamiento de la Orotava, afectó al suelo de forma irremediable.

El Trompo invade ambos tipos de terreno, tanto los protegidos por el tipo básico como los protegidos por el tipo agravada de esta figura delictiva. En relación con el suelo rústico potencialmente productivo, considero que no entra dentro del concepto legal de "especial protección". No todo suelo rústico tiene una protección especial. De lo contrario, y atendiendo a que en el momento de los hechos el suelo se clasificaba en urbano, urbanizable y rústico, el tipo básico del art. 319.2 del Código Penal quedaría vacío de contenido. Todo se reconduciría a la modalidad agravada del art. 319.1 del Código Penal.

Ahora bien, al llevarse a cabo la construcción sobre ambos terrenos, considero de aplicación preferente el tipo agravado, por el juego de las reglas del artículo 8 del Código Penal. Y ello bien





por entender al apartado 1.º del artículo 319 como regla especial respecto del apartado 2.º (art. 8 regla 1ª); bien por considerarlo más grave (art. 8 regla 4ª). El tipo agravado no exige que se ocupe una mínima cantidad de metros cuadrados de viales, zonas verdes, zonas de dominio público o zonas merecedoras de especial protección. Por ello, pese a que la construcción del Trompo afectó en mayor medida a un suelo que no estaba sujeto a una especial protección, entiendo que se ha realizado el tipo agravado del delito, dado que también se ha afectado suelo especialmente protegido.

No cabe, a mi juicio, la sanción por dos delitos diferentes, lo que, por otra parte, ni siquiera ha sido solicitada por el Ministerio Fiscal.

Respecto a la invasión de zona verde, así ha sido puesto de manifiesto por el perito Juan Jesús Cabrera en su segundo informe pericial (folio 1116). También fue reconocido por el propio perito de la defensa, José Ángel Domínguez Anadón.

Por último, es preciso analizar la concurrencia del elemento subjetivo. En este caso la actuación dolosa, sea dolo directo de primer o segundo grado; sea dolo eventual. Es más, en este supuesto el dolo no sólo deberá abarcar el conocimiento del acusado de la ilegalidad de la obra, sino que, además, deberá abarcar el conocimiento de que la licencia de legalización era contraria a derecho.

Como se ha indicado en el anterior Fundamento de Derecho, en el apartado B, Ambrosio Jiménez conoció en todo momento que construía sobre suelo rústico. A este Fundamento me remito.

Ambrosio Jiménez, como reconoció, ha sido uno de los principales promotores y constructores inmobiliarios de la isla de Tenerife. Llevó a cabo el Convenio urbanístico con el Ayuntamiento de la Orotava en el que expresamente se hacía constar la necesidad de cambiar el planeamiento, para que él pudiese llevar a cabo las obras de construcción sobre la zona en la que se levantó el Trompo. Ambrosio Jiménez sabía que si no le dejaban edificar en aquella zona, tendría derecho a ser indemnizado.

Ambrosio Jiménez comenzó las obras sin haber solicitado licencia urbanística, esto es sin autorización, sin preocuparse por una eventual suspensión o paralización de las obras, porque era conocedor de que el Ayuntamiento acabaría concediéndole los permisos necesarios para la edificación.

Por otra parte, pretendió excusarse en que un hombre de confianza se “lo llevaba todo”. No es aceptable esta afirmación, y menos cuando proviene de uno de los principales promotores de la isla de Tenerife en aquella época y en relación con la obra más grande de todo el Ayuntamiento de la Orotava en aquellos años.

Ambrosio Jiménez Quintana conocía que el terreno era rústico y zona verde; y conocía también que la licencia urbanística se llevaba a cabo al margen de toda legalidad. Y bajo esta confianza, y con total indiferencia y menosprecio por el racional uso del suelo y por las normas reguladoras de la protección de espacios naturales, decidió afrontar la construcción del Trompo.

La actuación de Ambrosio Quintana Jiménez se llevó a cabo con un total desprecio no sólo por la normativa administrativa y urbanística, sino también por el suelo. Y buena muestra de esta indiferencia y desdén fue su declaración en el plenario, en donde, llegó a manifestar que “Canarias tenía unas leyes un poco especiales”, en referencia a las leyes sobre construcción y protección de espacios naturales.





## **B) Respetto del acusado Isaac Valencia Domínguez**

Isaac Valencia Domínguez ha cometido un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 y .3; y un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal.

Por lo que se refiere al delito del artículo 319.1 y .3 del Código Penal me remito a lo anteriormente indicado para el acusado Ambrosio Jiménez, con las siguientes matizaciones.

El delito del artículo 319.1 del Código Penal es un delito cuyo sujeto activo debe reunir la condición de “promotor”, “constructores” o “técnico directores”. Ahora bien, de estos tres sujetos, sólo el último exige la cualificación técnica. A los efectos de cometer el delito del artículo 319, no es preciso que nos encontremos ante constructores o promotores inmobiliarios en el sentido técnico de la palabra. La jurisprudencia, ya desde el año 2001 así lo ha venido manteniendo. A título de ejemplo, la STS de 7 de febrero de 2012, en relación a la condición de promotor, señala: *“En cuanto al concepto de promotor, la doctrina jurisprudencial desde la STS 1250/2001, 26.6, corroborada posteriormente por la sentencia 690/2003, 14.5, viene considerando que como la Ley de Ordenación de la edificación de 1.999 considera que promotor lo puede ser cualquiera, incluso ocasionalmente, la figura del promotor parte de una realidad preexistente, no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que en el ámbito del artículo 319 será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, propugna o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación.”* (El subrayado es mío). La definición de promotor que ofrece la Sentencia, es la que figura en el artículo 9.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, 38/1999.

Más recientemente, pero en la misma línea jurisprudencial, la STS de 24 de noviembre de 2014 indica que: *“Sin embargo, y en contra de lo que aduce el impugnante, esta Sala tiene establecido a partir de la sentencia 1250/2001, de 26 de junio, que el artículo 264 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, derogado posteriormente por la Disposición Derogatoria Única de la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones de 13/4/98, se refería como personas responsables de las obras que se ejecutasen sin licencia o con inobservancia de sus cláusulas, acreedoras de la correspondiente sanción por infracciones urbanísticas, al promotor, empresario de las obras y técnico director de las mismas, sin definir el alcance de dichas actividades o profesiones. También deben citarse otras normas extrapenales como son los artículos 1588 y siguientes C.C., incluidos dentro de la regulación del arrendamiento de obras y servicios, obras por ajuste o precio alzado, refiriéndose a los contratistas, arquitectos, dueño de la obra o propietarios, sin fijar tampoco las condiciones profesionales de los mismos. Y posteriormente, la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999 (...)*

*Ello significa, según la referida sentencia 1250/2001, que sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores sólo la mera capacitación profesional. Por lo cual, debe entenderse que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación”.* (El subrayado es mío).

Sentado, por tanto, que no es preciso ningún tipo de condición profesional para ser considerado promotor, a efectos del artículo 319 del Código Penal, la cuestión es si Isaac





Valencia, como alcalde, puede ser considerado como promotor de la obra el Trompo. La respuesta es positiva.

Isaac Valencia suscribió, como se ha visto, un Convenio de colaboración con Ambrosio Jiménez para la promoción y desarrollo urbano de la zona sobre la que se asienta el Trompo y sobre las zonas colindantes. Isaac Valencia, como alcalde, se comprometía a impulsar las modificaciones normativas necesarias para que sobre esa zona se pudiese edificar. Pero, como se ha visto, su intervención en la promoción del Trompo, no se limitó a su impulso, sino que, además, aceleró su construcción mediante el Decreto por el que se daba licencia a una obra ilegal. Su intervención no sólo se limitó a aprobar un Decreto, sino que fue decisiva en todo el proceso de planificación y edificación de la obra.

En cuanto a la posibilidad de considerar como promotor a un miembro de una corporación local, la STS de 27 de noviembre de 2011 condena al concejal de urbanismo de la corporación municipal de Andratx por haber emitido un informe favorable a la legalización de una obra claramente ilegal. La Sentencia de instancia, de 23 de mayo de 2008, de la Audiencia Provincial de Baleares, condena al concejal de urbanismo como cooperador necesario del delito del art. 319 del Código Penal. Dice la STS de 27 de noviembre, *“También arguye el recurrente que es inadmisibles calificar el informe como cooperación necesaria en el delito contra la ordenación del territorio, porque lo único insustituible es el órgano competente para dictar la licencia.*

*Mas, aparte de que Hermenegildo pudiera haber sido considerado como coejecutor, el relato de los hechos evidencia que sin la emisión del informe arbitrario no se habría alcanzando la licencia injusta; fue aquel determinante del sí del delito del art. 319 y, ex ante, un bien escaso*. (El subrayado es mío).

Es decir, la conducta encuadrable en el 319 del Código Penal, dentro de lo que se considera “promoción”, incluye la realización de un informe arbitrario; pero necesario para la licencia que habilita la construcción. Esto es lo que ocurrió con el Trompo. Ahora bien, existe una matización fundamental. A mi juicio, el alcalde, en este caso, Isaac Valencia no es cooperador necesario, sino coautor, o autor directo. El Decreto de legalización no es un bien escaso, en el concepto jurídico penal, sino un instrumento único, insustituible y cuyo otorgamiento corresponde en exclusiva al alcalde. El alcalde no contribuye a la ejecución, sino que ejecuta el hecho. Tiene en su poder el dominio del hecho, la decisión final sobre la realización de este. Es, por tanto, coautor del delito del artículo 319 del Código Penal. La labor de Isaac Valencia permite atribuirle la realización del delito contra la ordenación del territorio.

En palabras de la mencionada STS de 27 de noviembre de 2009, *“debemos resaltar que, en el supuesto que nos ocupa, no nos hallamos ante una persona no cualificada respecto a las tareas de ordenación territorial sino ante quien promueve la obra estando fuertemente imbricado en aquellas tareas como miembro de una corporación local. Sin necesidad de aseverar que la jurisprudencia tenga una fuerza vinculante más que leve, no cabe, atendida la solidez de los razonamientos, despreciar la doctrina consolidada de esta Sala acerca de la cuestión que nos ocupa. Así la sentencia del 14/5/2003, citando la del 26.6.2001, señala que la legislación se limita a tomar la figura del “promotor” de la realidad preexistente...”* (El subrayado es mío).

Es decir, Isaac Valencia Domínguez sí fue promotor del edificio el Trompo, en el sentido del artículo 319. 1 del Código Penal.





Isaac Valencia también es autor del delito de prevaricación administrativa del artículo 320.2 del Código Penal, en su redacción con anterioridad a la reforma operada por la LO 5/2010, sanciona “1. *La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.*

2. *Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.* El concreto apartado que se le atribuye a Isaac Valencia es el apartado segundo, como alcalde de la Corporación municipal de la Orotava durante la construcción del Trompo.

El delito del artículo 320 del Código Penal recoge una modalidad de prevaricación administrativa, del art. 404 del Código Penal, pero en el ámbito de la ordenación del territorio. La comisión del delito exige, por tanto, que concurren todos los elementos del artículo 404 del Código Penal y, además, los especiales del artículo 320 del Código Penal: que la conducta prevaricadora recaiga implique que se “*haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes*”; y que se afecte al bien jurídico: la racional utilización del suelo.

Comenzando por los requisitos del delito de prevaricación administrativa, la STS de 24 de noviembre de 2014, explica el porqué del delito de prevaricación administrativa, el bien jurídico que con esta se protege, y además, esta Sentencia define y enumera de forma detallada estos requisitos. Así, señala que “... *el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses generales. 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, y 3º) 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, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.*

Como señala desde antiguo nuestra jurisprudencia (STS 674/1998, de 9 de junio, entre otras): *«el delito de prevaricación 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) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona».*

El nuevo Código Penal ha venido, en consecuencia, a clarificar el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como «arbitrarias» las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio)”.

La doctrina, y la jurisprudencia de esta Sala siguiendo la dicción legal del precepto, exige que se encuentren presentes tres requisitos para que se entienda cometido el delito:

A) Que el agente del delito sea autoridad o funcionario público «ex» art. 24 CP





(delito especial propio).

B) Que dicte una resolución arbitraria en asunto administrativo. Es decir no sólo no adecuada a derecho sino, en modo alguno defendible con argumentos jurídicos razonables.

C) Que lo haga a sabiendas de su injusticia.

El cuanto al primer requisito, ya nos hemos referido a la condición de Isaac Valencia, como alcalde y, por tanto, autoridad en el sentido del artículo 24 del Código Penal.

En cuanto al segundo requisito, es evidente que nos encontramos ante una materia de derecho administrativo y, en especial, de derecho urbanístico: la tramitación de una licencia de obra mayor. El requisito de la arbitrariedad exige una actuación completa y absolutamente contraria a derecho, inaceptable e intolerable. La anterior Sentencia, en relación con este requisito de la arbitrariedad indica que “...no puede ser confundida la ilegalidad administrativa con el delito de prevaricación, [pues] hemos de señalar que no basta, ciertamente, que sea contraria a Derecho para que constituya delito, pues la injusticia que se predica de la resolución prevaricadora es que sea evidente, patente, flagrante y clamorosa, que suponga un ejercicio arbitrario del poder, y que se dicte caprichosamente al margen de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, (...).”

*En ocasiones hemos puesto de manifiesto - STS de 7-1-2003 - 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.*

Es decir, la desviación de la norma no constituye, *per se*, el tipo penal del artículo 404, ni del art. 320 del Código Penal. Se exige una actuación completamente grosera, al margen de cualquier razón y de cualquier principio constitucional. Una actuación no sólo injustificada, sino injustificable. Y esto es lo ocurrido con la concesión de la licencia del Trompo, como expliqué al valorar la prueba.

La licencia de obra mayor 312/2002, concedida en el seno del procedimiento administrativo que ha dado lugar a este procedimiento penal, es contraria a derecho: se otorga sobre suelo rústico y zonas verdes; se lleva a cabo sobre una parcela en la que no se podía construir esa clase de edificio; se prescinde de los trámites administrativos esenciales, como el informe jurídico de los técnicos del ayuntamiento; se incluye un informe externo manifiestamente injustificable, cuyo autor ha sido especialmente escogido para ello por los acusados; y, se otorga la licencia en un momento en el que no cabía otorgar ningún tipo de licencia, debido al estado del proceso de reforma del PGOU.

La desviación de las normas que se han producido no son menores, ni accidentales. La actuación de Isaac Valencia ha sido completamente caprichosa, y con ella se ha perjudicado a la ciudadanía y a la administración pública. Y no solamente desde una perspectiva formal o procedimental, sino material. Su actuación afectó al suelo, en los términos indicados en esta resolución, condicionó el planeamiento y el posterior desarrollo del desarrollo urbano. Quizás no afectó a derechos individuales identificables, pero sí a bienes jurídicos de la comunidad. Y de una forma irreversible.





Es evidente que todo ello se ha visto afectado por el Decreto de Isaac Valencia Domínguez. El abuso de poder ha sido manifiesto, al igual que su actuación al margen de toda conducta reglada, de la ley, y de los propios intereses de los vecinos de la Orotava, y de la isla de Tenerife.

Y ello se ha pretendido enmascarar desde la perspectiva de que no se ha perjudicado a nadie, sino que únicamente se ha adelantado la construcción de un centro comercial ya programado. La defensa quiere hacer ver que no ha existido perjuicio, sino, aún si cabe, beneficio para la comunidad.

Es argumento se rechaza frontalmente. No se ha actuado en beneficio de la comunidad sino completamente al margen de esta, desde una perspectiva simple y llanamente arbitraria. Isaac Valencia no se ha sometido a leyes ni a sus limitaciones, antes bien se ha valido de ellas para otorgar una apariencia de legalidad, a todas luces inexistente. Se ha atentado contra los principios constitucionales antes mencionados, de respeto por los intereses generales, sujeción a la ley y al Derecho, y actuación objetiva en el cumplimiento de los fines de la Administración.

Esta afectación es lo que algunas resoluciones (STS 11 de octubre de 2013 o 26 de noviembre de 2013) denominan “resultado materialmente injusto”.

Por otra parte, es preciso resaltar, siguiendo la STS de 24 de noviembre de 20014, que existe otra corriente jurisprudencial que sitúa la esencia del delito de prevaricación administrativa en el abuso de poder, prohibido por el art. 9 de la Constitución Española. Dice el Tribunal Supremo que: *“Otras sentencias de esta Sala, 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 (SSTS de 23-5-1998, 1/1998; de 4-12-1998; 766/1999, 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 (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).*

*Abundando de nuevo en la tesis objetiva, como se hace en otras sentencias, la prevaricación 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 (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos generalmente admitidos (STS 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. (El subrayado es mío).*





Todo esto es lo que ha sucedido en este procedimiento, de forma clara y evidente.

Por último es preciso que la actuación se lleve a cabo “a sabiendas de la injusticia”, es decir, que el autor, la autoridad o funcionario público, “*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 este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.*” (STS de 24 de noviembre de 2014). O, como dice la STS de 4 de marzo de 2010, “*en el delito de prevaricación el dolo implica el conocimiento del contenido de la resolución que dicta el funcionario y la voluntad de adoptarla. El contenido de la voluntad ha de ser arbitrario, independientemente de la valoración o justificación que pretenda darle el prevaricador.*”

En cuanto al conocimiento de la injusticia de su actuación, me remito a lo indicado en el Fundamento Jurídico Quinto de esta resolución, en su apartado G. En resumen, Isaac Valencia sabía al menos desde 1998 y 1999 que el Trompo se iba a construir y que para ello era necesario modificar el PGOU, como lo acredita la firma del Convenio de 1999; sabía que las obras de este centro comercial se iniciaron antes de que se modificase el PGOU; tuvo conocimiento de las obras, tanto de forma directa, como a través de los medios de comunicación; y no puso reparos a que el expediente administrativo no contase con el informe jurídico de los técnicos municipales.

Isaac Valencia no se limitó a firmar el Decreto de la mayor obra de la Orotava sin tener en cuenta de que se trataba. Isaac Valencia, con pleno conocimiento de que no se podía conceder la licencia urbanística, firmó el Decreto por el que se concedía la licencia de obra mayor para la construcción del Trompo. Isaac Valencia quería legalizar esta edificación y así lo así lo hizo, mediante una evidente falta de respeto a los principios que deben regir la actuación de todo cargo público y con una clara falta de respeto a la ley y al Derecho.

Como indiqué, la conducta del artículo 320 del Código Penal exige además que se haya afectado al bien jurídico protegido. Exige una afectación del racional uso del suelo que, como se ha visto, se ha producido de forma patente. Me remito a lo anteriormente indicado.

En cuanto al ámbito del artículo 320, en este supuesto, es evidente que nos encontramos dentro del ámbito de este precepto. La concesión de una licencia urbanística contraria a la ley y a las normas urbanísticas, en especial, al Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias; y al Plan General de Ordenación Urbana de la Orotava de 1990.

### **C) Respetto del acusado Juan Carlos de Tomás Martí.**

Lo anteriormente indicado respecto de los delitos contra la ordenación del territorio y de prevaricación administrativa es aplicable al acusado Juan Carlos de Tomás Martí, con las siguientes precisiones.

En relación con el artículo 320 del Código Penal, Juan Carlos de Tomás Martí debe responder como autor del apartado 1.º de este precepto, antes transcrito. Su actuación ha consistido en “*informar favorablemente proyectos de edificación*”, a sabiendas de la injusticia de este informe.





Como conducta prevaricadora, concurren los mismos elementos que en relación con el Decreto de Isaac Valencia Domínguez. La propuesta que sirve de base al Decreto fue realizada, y firmada, por el secretario general de Ayuntamiento, siendo incorporada de forma literal al Decreto. Esta propuesta ha sido dictada con nulo respeto a la ley, al ordenamiento jurídico, y a los principios constitucionales que deben guiar el comportamiento de la Administración pública, y constituye una expresión de la voluntad particular del secretario municipal, apartándose groseramente de la resolución que en Derecho procedería.

Esta propuesta, al igual que el Decreto del alcalde, constituyen una patente desviación injustificada de la norma, al margen de toda legalidad. Constituye, en definitiva, una resolución prevaricadora. Me remito a lo indicado anteriormente.

Pero además, el secretario del ayuntamiento, como garante de la correcta tramitación del procedimiento administrativo, no sólo incurrió en una conducta prevaricadora al informar favorablemente la legalización, sino que también obvió la evidente falta de cumplimiento de trámites esenciales. Así, no advirtió que no se había recabado informe de los juristas municipales, ni las deficiencias encontradas en el informe técnico, ni la ausencia de solicitud de la licencia de actividades clasificadas.

Juan Carlos de Tomás Martí, como garante de la legalidad del Ayuntamiento estaba obligado a advertir de las ilegalidades, lo que no hizo. No sólo emitió un informe faltando conscientemente a la legalidad, sino que tampoco puso de manifiesto las notorias ilegalidades del expediente que se estaba tramitando. Juan Carlos de Tomás Martí faltó igualmente a las funciones propias de su cargo, como se indicó en el Fundamento Jurídico Quinto, apartado E.

La SAP de Barcelona de 23 de noviembre de 2015, condena al Secretario general de un Ayuntamiento por hechos muy similares. Los hechos probados de esta Sentencia indican que el Secretario *“venía obligado a emitir informe jurídico en el expediente de Licencia de Obras Mayores, conforme al artº 180 del Texto Refundido de la Llei d'Urbanismo de Catalunya aprobado por Decreto L. de 1/2005 al carecer el citado Ayuntamiento de servicios jurídicos, y pese tener conocimiento de su obligación de informar, incumplió la misma siendo conocedor de que su otorgamiento era imposible por contravenir abiertamente la normativa urbanística aplicable y que no se había concedido la licencia de actividades.*

*El acusado no ilustró de los anteriores extremos determinantes de la imposibilidad de concesión de la licencia a la Junta de Gobierno Local que se celebró en fecha 9 de octubre de 2008, incumpliendo su obligación de garante de la legalidad. Tampoco lo hizo cuando se otorgó la licencia de primera ocupación, aprobada por Decreto de la Alcaldía de fecha 2 de marzo de 2009, de forma que con su pasividad, hizo viable (...)*” (El subrayado es mío). En este supuesto, el secretario municipal ni siquiera llegó a emitir un informe y, aún así, por el hecho de no informar de la ilegalidad en la tramitación de un informe con conocimiento de la ilegalidad, es condenado como autor, en comisión por omisión, de un delito del artículo 320.1 del Código Penal.

Pero, en el presente supuesto, el comportamiento de Juan Carlos de Tomás es aún más grave pues no sólo omite un comportamiento al que venía obligado, sino que además emite un informe manifiestamente ilegal.

En cuanto al conocimiento de la ilegalidad de la propuesta y en general a la falta de cumplimiento de la legalidad en dicho expediente, me remito a lo indicado en el Fundamento Jurídico Quinto.





En síntesis, el acusado Juan Carlos de Tomás, por sus conocimientos jurídicos, era consciente de que el expediente administrativo no había respetado los trámites esenciales. La importancia de la edificación del Trompo, frente a cualquier otra edificación en aquella época, ya ha sido destacada.

No obstante, pese al especial cuidado que exigía este expediente y siendo consciente de las ilegalidades del expediente, Juan Carlos de Tomás, puesto de común acuerdo con Isaac Valencia, solicita los servicios de Luciano Parejo para intentar justificar lo que no era justificable. Así, en un fin de semana, obtiene un informe jurídico que le sirve de base para la legalización del Trompo. Se creó una apariencia de legalidad y, con base en esta apariencia, el acusado llevó a cabo la propuesta de concesión de la que acabaría siendo la licencia 312/2002. Respecto del informe de Luciano Parejo, y de sus numerosas inexactitudes, me remito a lo señalado en el Fundamento Jurídico Quinto.

Es evidente el conocimiento de Juan Carlos de Tomás Martí de lo que implicaba su actuación y, aún así, decidió hacerlo.

Por lo que se refiere al delito contra la ordenación del territorio, Juan Carlos de Tomás Martí, debe responder como cooperador necesario de la promoción de la obra. Sin la intervención de Juan Carlos de Tomás habría sido casi imposible obtener la apariencia de legalidad, en el expediente de legalización del Trompo. La propuesta que Juan Carlos de Tomás Martí emite en favor de la concesión de la licencia merece la consideración de bien escaso en un sentido jurídico-penal.

Juan Carlos de Tomás Martí también conocía que el terreno sobre el que se estaba edificando el Trompo no podía albergar una construcción de esa naturaleza. Tuvo conocimiento de los documentos técnicos que advertían de la naturaleza del suelo, y aún así, decidió llevarla a cabo, siendo plenamente consciente de que el suelo iba a quedar irremediablemente afectado.

Me remito, en cuanto a los elementos de este precepto a lo señalado para los dos acusados anteriormente; y en cuanto a la participación en el delito contra la ordenación del territorio, me remito al Fundamento Jurídico siguiente.

#### **SEPTIMO. Autoría.**

El acusado, Ambrosio Jiménez Quintana debe responder como autor; de conformidad con lo establecido en el artículo 27 del Código Penal, de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal.

El acusado, Isaac Valencia Domínguez debe responder como autor; de conformidad con lo establecido en el artículo 27 del Código Penal, de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal; y, como autor de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal.

El acusado Juan Carlos de Tomás Martí debe responder como autor; de conformidad con lo establecido en el artículo 27 del Código Penal, de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal; y, como cooperador necesario, de conformidad con lo establecido en los artículos artículos 27 a 29 del Código Penal, de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal.





Sobre la posibilidad de la participación en delitos como la prevaricación administrativa del artículo 320 y como el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal, existe abundante jurisprudencia. Así, por ejemplo, la SSTS 25 de enero de 2006. o la de 9 de junio de 2007. Esta última señala que: *“...son varias las sentencias que han abordado el problema de la punibilidad de la participación del "extraneus" en el delito especial. La doctrina denomina así a los tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona sino sólo por aquellas indicadas en la definición legal, que potencialmente se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo, lo que puede estar determinado por muchas circunstancias como el parentesco, la profesión, el ejercicio de ciertos cargos o funciones, algunas relaciones jurídicas, etc... Esta Sala tiene dicho que si bien el "extraneus" no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación -inducción y cooperación necesaria-. Se añade en esta Sentencia que quien realiza un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer integra un supuesto de cooperación necesaria por cuanto la mas reciente jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo 1159/2004 de 28 de octubre), viene declarando que existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine que non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho).”* (El subrayado es mío). La última modalidad que señala esta Sentencia como modelo de cooperación necesaria, la de la teoría del dominio del hecho, ha sido objeto de debate jurisprudencial, estando más cercana a un supuesto de verdadera autoría.

La citada Sentencia, afirma que en casos de delitos especiales, es preciso acudir, a la hora de imponer la pena, al artículo 65 del Código Penal, rebajando la pena en grado. No obstante, como ya he indicado, no nos encontramos ante un delito especial, *stricto sensu*. Para la comisión de un delito contra la ordenación del territorio no es preciso tener la condición jurídica de promotor. Por ello, no es de aplicación lo dispuesto en este precepto. Rigen, por tanto, las reglas generales de la participación y de la cooperación necesaria.

La cooperación necesaria consiste en una participación de naturaleza esencial, a diferencia de la mera complicidad. Siguiendo la anterior STS, nos encontraremos ante una cooperación que merezca ser calificada como necesaria en los supuestos de “bienes escasos” y “de conducta sin la que el delito no se habría realizado”. Es decir, el cooperador necesario contribuye de tal forma que sin su colaboración el hecho no podría haberse ejecutado o sería extraordinariamente difícil que se hubiese ejecutado; mientras que el cómplice sólo favorecerá su ejecución. En palabras del la STS de 16 de mayo de 2007: *“Lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.”* En el mismo sentido, SSTS de 5 de diciembre de 2012, o de 25 de junio de 2013.

En el presente caso, la conducta de Juan Carlos de Tomás Martí, debe considerarse como cooperación necesaria. Y ello tanto si se considera que la propuesta de resolución que emite es un bien escaso, tanto bajo la teoría de la extraordinaria dificultad que conllevaría el otorgamiento de la licencia con idéntica apariencia de legalidad.

Es habitual que la jurisprudencia exija, también, para la concurrencia de la figura de la cooperación necesaria, que exista un acuerdo entre el autor y el cooperador (vid. STS 17 de julio de 2008). Sin perjuicio de ello, no se trata de un requisito esencial.





En este caso, sin embargo, resulta evidente, como se puso de manifiesto en los Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto, que la actuación de alcalde y secretario fue conjunta, siendo concedores en todo momento de lo que cada uno hacía. La conducta concurrente, pero aislada, carece de sentido, pues el comportamiento del secretario es lo que faculta al alcalde para aprobar el Decreto y, con este, queda aparentemente legitimado el comportamiento del secretario.

#### **OCTAVO. Circunstancias modificativas.**

Concorre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal.

El artículo 21.6 del Código Penal indica que: *“Son circunstancias atenuantes: (...) 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”*.

La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas se recogió expresamente en el Código Penal por la LO 5/2010, y se fundamenta en el derecho de toda persona a un proceso rápido, esto es, *“a que la causa sea oída en un plazo razonable”* (art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). La jurisprudencia fundamenta esta circunstancia en la *“pérdida de derechos”* que sufre el acusado, es decir, en la pena que supone estar pendiente de la finalización de un procedimiento judicial. Es decir, la razón de la atenuación no es que el acusado sea menos culpable, sino en que la propia pendencia del proceso supone una verdadera pena. (En este sentido, SSTS 25 de mayo de 2010 o 14 de mayo de 2012).

Para valorar la existencia, o no, de dilaciones indebidas debe atenderse a dos criterios: a que las dilaciones no se deban a la actitud del acusado, y a la complejidad de la causa. Se trata, en definitiva, de dos criterios sujetos a una necesaria valoración caso por caso, sin que sea suficiente con establecer que entre el momento de los hechos y el de la sentencia ha transcurrido un plazo determinado.

En el presente supuesto, han transcurrido unos 14 años desde el inicio de la causa hasta la fecha de la sentencia. En este caso, los acusados sí han pretendido retrasar la causa. Muestra de ello son las continuas peticiones de sobreseimiento libre que han llevado a cabo. En concreto, las que se contienen desde el folio 1237, de 21 de diciembre de 2010, que es reiterada en el folio 1304, hasta la resolución del recurso de apelación frente al Auto de Transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado (folios 1754 a 1769) dictado en el año 2015.

Una vez resueltos los recursos de apelación el 18 de diciembre de 2012, se dicta inmediatamente el Auto de Transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado. Pues bien, este Auto es recurrido nuevamente. No se trata de no permitir a los acusados ejercitar su derecho a la defensa y a los recursos a los que, conforme a la Ley tienen derecho. Lo que resulta injustificable es que, considerando la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que existían indicios suficientes para continuar la instrucción de la causa, se recurra dicho Auto, sin que se hubiese adoptado ninguna diligencia que pudiese evidenciar indicios contrarios a la posible responsabilidad penal de los acusados.

El Auto de Transformación se limita a fijar unos determinados hechos sobre los que va a versar el juicio. Se trata de un relato definitivo, en cuanto que fija el objeto del procedimiento, pero hipotético, en cuanto que no da por ciertos hechos, sino que se limita a plasmar una posibilidad o tesis. Por tanto, carece de todo sentido recurrir este Auto cuando, sin practicar





nuevas diligencias, el órgano superior, la Ilma. Audiencia Provincial, ya se ha pronunciado sobre la existencia de indicios de haberse cometido unos hechos. Se trata, en definitiva de una forma de dilatar el procedimiento.

Pero además, cada acusado presenta un recurso distinto, lo que alarga más si cabe el procedimiento en el tiempo.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que para la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas no sólo debe tenerse en cuenta el tiempo en que se ha tramitado la causa, sino especialmente el tiempo que el acusado ha estado sujeto al procedimiento.

Y en este caso, es preciso recordar que a Isaac Valencia Domínguez y a Juan Carlos de Tomás Martí no se les toma declaración hasta el 4 de noviembre de 2010. A diferencia de ellos, el acusado Ambrosio Jiménez Quintana se ha visto sujeto al procedimiento penal desde el año 2006.

También debe hacerse referencia a que el Ayuntamiento de la Orotava tampoco ha cumplido inmediatamente con todos los requerimientos que le fueron realizados desde el Juzgado, viéndose este obligado en requerir al Ayuntamiento en más de una ocasión para que aportase los mismos documentos. (Así, por ejemplo, vid. folio 32).

Por último ya, en relación con Juan Carlos de Tomás Martí, su defensa presentó una serie de recursos meramente dilatorios entre septiembre de 2015 y febrero de 2016.

Por ello, la dilación del procedimiento no es tan excesiva como a primera vista pudiese parecer. Si bien no existe una justificación para la excesiva duración de la causa, más allá de la falta de medios materiales y personales en la administración de justicia, lo cierto es que, en buena medida, el comportamiento de los acusados contribuyó a este retraso.

Por ello, procede imponer la pena en un grado menos respecto del acusado Ambrosio Jiménez Quintana, atendiendo a que se ha visto sujeto al procedimiento durante unos 10 años; y la pena en su mitad inferior a los acusados Isaac Valencia Domínguez y Juan Carlos de Tomás Martí, que han estado sujetos al procedimiento durante menos de 6 años.

#### **NOVENO. Penas.**

En relación con el acusado Ambrosio Jiménez Quintana, la pena a imponer, en abstracto, por el delito contra la ordenación del territorio es la de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años. Con la aplicación de la atenuante, la pena oscila entre los tres meses a los 6 meses menos un día, multa de seis meses a doce meses menos un día e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a seis meses menos un día.

Teniendo en cuenta el comportamiento del acusado, en especial el nulo interés y total despreocupación por el uso de suelo, considero que las penas a imponer deben ser las de 5 meses de prisión, multa de 10 meses, a razón de 10 euros diarios, para un total de 3.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago e inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 5 meses.

La cuantía de la multa oscila entre los 2 y los 400 €, atendiendo en exclusiva a la capacidad económica del condenado. Dada la profesión de Ambrosio Jiménez, entiendo moderada y





razonable la fijación de la cuantía de la multa en 10 €, como solicita el Ministerio Fiscal.

Además, de conformidad con el artículo 56.1.2º del Código Penal, como pena accesoria, corresponde la imposición de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 5 meses.

En relación con el acusado Isaac Valencia Domínguez la pena a imponer, en abstracto, por el delito contra la ordenación del territorio es la de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años. Con la aplicación de la atenuante, la pena oscila entre los 6 meses a 1 año y 9 meses de prisión, multa de doce meses a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 6 meses a 1 año y 9 meses.

Por lo que se refiere al delito de prevaricación administrativa, la pena en abstracto a imponer es la establecida en el artículo 404 del Código Penal, según su redacción en el momento de los hechos; y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. La pena del artículo 404 es la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. Atendiendo a la apreciación de la atenuante, la pena que se puede imponer es la de prisión de 6 a 1 año y 3 meses o multa de 12 a 18 meses y, en todo caso, la pena de 7 a 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Entiendo que nos encontramos ante un concurso medial de delitos, en la medida que para la comisión del delito contra la ordenación del territorio fue preciso, por parte del acusado, la comisión del delito de prevaricación administrativa. Y no sólo preciso, sino que sin dicha licencia, el edificio nunca se había construido, dado que las obras se encontraban paralizadas por los servicios municipales del Ayuntamiento de la Orotava. La concesión de la licencia ilegal fue imprescindible para la comisión del delito contra la ordenación del territorio. La aplicación de la pena por separado, no obstante, es más beneficiosa para Isaac Valencia (art. 77.3 del Código Penal). La imposición de una sola pena obligaría al cálculo de la mitad superior de la pena más grave, con anterioridad a la aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

Teniendo en cuenta el comportamiento del acusado, en especial el nulo interés y total despreocupación por el uso de suelo y el nulo respeto mostrado por el ordenamiento jurídico, considero que las penas a imponer deben ser, por el delito contra la ordenación del territorio, las de 1 año de prisión, multa de 14 meses, a razón de 10 euros diarios, para un total de 4.200 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago e inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 1 año.

La cuantía de la multa oscila entre los 2 y los 400 €, atendiendo en exclusiva a la capacidad económica del condenado. Dada que Isaac Valencia ha ocupado un cargo público durante numerosos años, entiendo moderada y razonable la fijación de la cuantía de la multa en 10 €, como solicita el Ministerio Fiscal.

En relación con el delito de prevaricación, y por las mismas razones, la pena a imponer debe ser la de 1 año de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 8 años.

El artículo 42 del Código Penal dispone, en su redacción en el año 2002 que: *“La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos. Produce, además la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la*





sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación". En el presente supuesto, dicha inhabilitación abarca todo cargo en Administración Pública, y todo empleo público, sea de una administración general, autonómica, regional o local. El manifiesto desprecio por el ordenamiento jurídico y por los asuntos públicos justifica tal extensión.

Además, de conformidad con el artículo 56.1.2º del Código Penal, como pena accesoria, corresponde la imposición de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de las condenas de prisión.

En relación con el acusado Juan Carlos de Tomás Martí, procede condenarlo a las mismas penas que al acusado Isaac Valencia, mereciendo su actuación idéntico reproche penal.

En cuanto a la cuantía de la multa, dado que ha ocupado un puesto de funcionario público durante muchos años, considero igualmente proporcionada la cuantía de 10 € diaria.

En relación con la extensión de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, esta abarca, igualmente, todo empleo o cargo público de Juan Carlos de Tomás Martí. La conducta de este acusado es especialmente grave. Él era el depositario de la fe pública municipal, y el máximo encargado de velar por el correcto funcionamiento de la administración. Pero actuó con total indiferencia por su puesto de trabajo y por los intereses de la comunidad, de lo público. Sería contradictorio permitir que quien ocupó tal puesto de responsabilidad en una administración pública pudiese volver a atentar contra la comunidad desde otro puesto público. No sólo los fines retributivos, sino especialmente los preventivos exigen una limitación de esta naturaleza. De ahí que la inhabilitación para empleo o cargo público se extienda a todo empleo en una administración, sea general, autonómica, regional o local.

#### **DÉCIMO. Demolición.**

El artículo 319.3 del Código Penal dispone que: *"En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe."* Las sucesivas reformas de este precepto, mediante la LO 5/2010 y mediante la LO 1/2015 mantienen la potestad de demolición, en caso de edificaciones o construcciones que infrinjan algún precepto del artículo 319 del Código Penal.

La interpretación de este precepto la recoge la STS de 22 de mayo de 2013. Pese a su extensión, considero necesaria la reproducción íntegra del FJ 3º de esta resolución, que indica: *"A) Esta Sala ya se ha pronunciado con anterioridad acerca del significado de la demolición como expresión de la responsabilidad civil derivada del delito. La prescripción del art. 319.3º del CP -decíamos en la STS 901/2012, 22 de noviembre, se inscribe en el contexto normativo de las responsabilidades civiles derivadas del delito, sin pérdida de esa naturaleza original; como resulta del doble dato de que las mismas son renunciables y tienen un carácter ultrapersonal, que permite que en las exigencias de reparación, puedan operar mecanismos de subsidiariedad que en el plano estrictamente penal serían ciertamente inconcebibles. En este sentido, es claro, la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con el art. 109 ss. CP relativos a la reparación del daño, susceptible de producirse personalmente por el culpable o culpables o a su costa. La reparación del daño ocasionado por el delito, según resulta de los arts. 109, 110 y 112 CP, está prevista con carácter general.*





Algo plenamente dotado de sentido, ya que, de otro modo, la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley. Y tal debe ser, pues, la clave de lectura del precepto del art. 319,3º CP (aquí, en su redacción anterior) sobre cuya interpretación se discute. Así las cosas, la reparación del daño, ahora en la forma de demolición de la construcción no autorizada, será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 CP. Por eso, el art. 319,3º CP no podría hacer meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario. De este modo, lo que resulta de una adecuada comprensión sistemática de aquella primera disposición y de las con ella concordantes en relación con esta última, es un marco de limitada discrecionalidad en la modulación por los tribunales de tal deber legal, a tenor de las particularidades del caso concreto, con un criterio de proporcionalidad. Es la única inteligencia razonable de la interacción de ambos vectores normativos, dirigida, tanto a evitar la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho, como la desmesura en las consecuencias representada, por ejemplo, por un eventual grave perjuicio para una colectividad, por la aplicación a ultranza del imperativo de que se trata en cualesquiera circunstancias.

También hemos apuntado -cfr. STS 529/2012, 21 de junio- que la demolición de la obra o reposición a su estado originario a la realidad física alterada son medidas que poseen un carácter civil más que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio.

Según la doctrina mayoritaria se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP. Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística: No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el CP, y debe evitarse la creación de penas en los delitos de la parte especial -Libro II- que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la parte General - Libro I- ni se puede considerar como responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario. Esta consideración de la demolición como consecuencia jurídica del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal.

El texto literal del apartado 3 del art. 319 en el que se dice que los jueces y tribunales "podrán" acordar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, ha hecho surgir dudas y respuestas discrepantes. Existen órganos judiciales que consideran que la expresión "podrán", lo que abre es una facultad excepcional, una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que redundaría no solo en ese carácter discrecional sino incluso en lo excepcional de la adopción de la medida. Sin embargo, ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad con excepcionalidad.

En efecto es cierto que el precepto que analizamos establece la demolición de forma no imperativa ni el tenor literal del art. 319.3 vigente al momento de los hechos, ni la redacción actual del mismo, operada tras la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, (al igual, cabe añadir, que tras la reforma operada por la LO 1/2015) permiten afirmar que la demolición de lo construido sea la consecuencia obligada, necesaria e ineludible de la comisión de un ilícito de esta naturaleza. El "en cualquier caso ..." con el que se inicia la redacción del artículo puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado -" podrán"- sólo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador menciona "en cualquier caso" se está refiriendo a que tanto los supuestos a los que se refiere el núm. 1º del precepto como los del





núm. 2º, cabe la posibilidad de la demolición. Esto es, con independencia de las calificaciones de los suelos sobre los que se hayan realizado las construcciones o edificaciones cabe la posibilidad de acordarla, siempre motivadamente. Pero si el texto insiste en exigir lo que de por sí es mandato constitucional de cualquier decisión judicial, esto es, que se motive, lo hace porque estima que el automatismo no cabe en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista el delito, pero no puede sostenerse que solo cuando concurra una especial motivación podrá acordarse la demolición, bastando recordar para ello, que aunque no lo diga la norma expresamente, es obvio que el tribunal penal deberá también motivar cuando deniegue la solicitud formulada en tal sentido, por alguna de las partes legítimas en el proceso.

Por ello como quiera que el art. 319.3 no señala criterio alguno, en la práctica se tienen en cuenta: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia, la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción; tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc...

Así por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

De este modo, en principio podría estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado, sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador que es quien incumbe mediante la fijación en los tipos y las penas, cuáles caben ser los límites de la intervención del derecho penal, ni tampoco al de proporcionalidad, pues siempre será proporcionado acordar la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado; tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa tal demolición; lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal, cual es la histórica ineficacia de la administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio.

Conforme a estas ideas podrían admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción, esto en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme, puede insertarse que las obras de potencial demolición se encuentran en área consolidada de urbanización, pero no puede extenderse esa última excepción a tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal; pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumiría un nuevo atentado a la colectividad beneficiándose los infractores





*en el futuro de servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, en detrimento de quienes adquirieron el suelo a precio de urbano, con repercusión de tales servicios y acometieron la construcción con los oportunos proyectos y licencias, amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albor de posibles cambios futuros de criterio - lo que llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a suspender la mayoría de las sentencias, ante la posibilidad o el riesgo de que el legislador modifique los tipos correspondientes o incluso despenalice la conducta.*

*Fuera de estos casos debe entenderse que la demolición es del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado y obviamente no es argumento de suficiente entidad frente a ello que no puede repararse todo el daño causado genéricamente en la zona por existir otras construcciones en la misma, pues ello supondría una torticera interpretación de la normativa urbanística en vigor con la finalidad de alterar el régimen jurídico del suelo -suelo urbano donde no lo había- y posibilitar luego una consolidación de las edificaciones con una apariencia de legalidad y con afectación de terceros de buena fe - los posibles compradores-. No es factible por ello argüir la impunidad administrativa o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística para pretender que los jueces y tribunales no restablezcan la legalidad tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado.*

*En resumen debe entenderse que la decisión sobre si ha de acordarse o no la demolición ha de ponerse en relación con la naturaleza misma de estos delitos y con la respuesta general del ordenamiento jurídico respecto de la restauración de la legalidad urbanística.*

*Una vez que el legislador, por la mayor entidad del hecho, ha dispuesto que ha de ser contemplado como infracción penal y como un ilícito administrativo, es el proceso penal el que, con arreglo a las normas penales ha de dar respuesta y ello tanto en lo que se refiere a la pena como a las demás consecuencias del delito, sin que el órgano de la jurisdicción penal competente pueda eludir sus obligaciones de esta materia refiriendo parte de la reacción jurídica a un futuro expediente administrativo.” (El subrayado es mío).*

A la vista de lo anterior, considero que procede la demolición de 2.137,20 metros cuadrados de la construcción del Trompo.

Como señala el anterior fundamento jurídico, la demolición no puede operar de un modo automático. No toda construcción no autorizada determina la demolición. En el presente caso es cierto que, en general, la obra está legalizada por el cambio del planeamiento; que han transcurrido más de 14 años desde el inicio de las obras, y que la parcela sobre la que se asienta el Trompo es suelo sobre el que se puede edificar.

De ahí, evidentemente, que no sea razonable, ni legal, una demolición total del edificio. Tampoco tendría sentido. Ni siquiera el Ministerio Fiscal solicita una demolición total, sino que en su escrito de acusación únicamente solicita la “*demolición de aquellas obras no acordes con el planeamiento vigente*”.

Ahora bien, frente a estos argumentos que permitirían no acordar la demolición total o parcial de la obra, debe tenerse en cuenta que la construcción nace gracias a un acuerdo entre los acusados y a la comisión de un delito de prevaricación urbanística. La Sentencia de 22 de mayo de 2013, afirma que siempre que a la infracción urbanística se le una un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial, debe acordarse la demolición. En este caso, no es un delito de desobediencia, sino un delito de prevaricación. No es que los sujetos activos del delito hayan mostrado una oposición a la autoridad y al ordenamiento jurídico; sino





que los sujetos activos, como autoridad y funcionarios públicos, han soslayado dicha oposición, creando un halo de legalidad. Pero el rechazo al ordenamiento jurídico y a la ley es idéntico.

Por otra parte, el edificio no está completamente legalizado, pues el volumen excede del máximo permitido por el planeamiento. Y no cabe dejar en manos de la Administración la corrección de este exceso, pues ha sido el máximo integrante de dicha Administración el que propició esta infracción. Un cambio en el planeamiento sí podría legalizar el Trompo, pero este cambio es tan futuro como incierto.

Por otra parte, no se debe olvidar que han sido los responsables de esta edificación los que, con su actuación en el presente procedimiento han dilatado la causa, provocando que esta durase más de lo que debía durar. No puede pretenderse que no proceda la demolición por el tiempo transcurrido entre la obra y la sentencia, cuando este período de tiempo es, en parte, imputable al responsable. Lo contrario permitiría la consolidación de obras manifiestamente ilegales gracias a la propia actitud del responsable. Esto no tendría ningún sentido.

La demolición se llevará a cabo a costa de los acusados, quienes deberán afrontar personalmente el gasto que suponga el derribo.

En ejecución de Sentencia, se determinará la zona o zonas que deban ser derribadas, mediante la realización de un estudio pericial que indique la mejor forma para llevar a cabo ese derribo parcial, respetando, en lo máximo posible, a los titulares de los establecimientos comerciales. Todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones que los acusados deberán afrontar en caso de que la demolición perjudique a terceros.

#### **UNDÉCIMO. Remisión a instrucción.**

Como adelanté en el Fundamento de Derecho relativo a la valoración de la prueba, es posible que la defensa de Juan Carlos de Tomás Martí haya presentado un documento, integrado por cuatro folios, falso. Documento que ha sido elaborado por los funcionarios públicos Emilio La Roche y por el acusado Juan Carlos de Tomás Martí.

Este es el documento obrante a los folios 1624 a 1627 de las actuaciones, presentado con ocasión de la petición de sobreseimiento. El documento controvertido aparece con el certificado del secretario del Ayuntamiento, Juan Carlos de Tomás Martí, señalando que coincide fielmente con el original.

El mismo documento, ya sin sello del secretario municipal, fue incorporado en el acto de la vista por la defensa de Juan Carlos de Tomás Martí, obrante a los folios 2248 a 2251.

Este documento es idéntico a la licencia que figura, entre otros, a los folios 45 a 48, repetidos en los folios 251 a 254. El documento original fue elaborado por el técnico Emilio La Roche y quedó incorporado al expediente de concesión de licencia de obra mayor del edificio del Trompo. En el original figura que el suelo sobre el que se levanta esta construcción es rústico potencialmente productivo (folios 45 y 48, que llevan la denominación de A y D). Asimismo, en esta licencia se muestran las deficiencias o faltas de cumplimiento del Trompo.

El documento posiblemente falso, también fue redactado por Emilio La Roche, que así lo reconoció en el plenario.

En el acto de la vista, se le preguntó a Emilio La Roche por este documento de los folios 2248 a 2251. Emilio La Roche reconoció haber elaborado y firmado también este documento por





petición de “alguien” de disciplina urbanística. Emilio La Roche justificó que le habían pedido que elaborase esta licencia aplicando, de forma simulada, el PGOU de 2004, en lugar del de 1990, pero que se trataba de una copia, sin otro valor.

Ahora bien, si ello fuese así, este documento no podría tratarse de un documento incorporado a ningún expediente administrativo del Ayuntamiento de la Orotava. En efecto, el número de registro coincide con el original. No puede haber dos documentos con el mismo número de registro. Por otra parte, es evidente que este documento contiene datos inveraces, pues en su primer folio (A) califica el suelo como suelo urbanizable no consolidado por la urbanización, a diferencia de lo que se indica en el folio (D).

Tomando como hipótesis la alegación de Emilio la Roche de que se trata de una simple prueba sin más valor, y que lo que ocurrió es que había tomado como modelo el original sobre el que escribió, por lo que no está incorporado a ningún expediente administrativo, ¿cómo es posible que el documento de los folios 1624 a 1627, tenga el sello del secretario del Ayuntamiento de que coincide con el original? ¿Con qué original? No puede existir un original de un documento público no incorporado a un expediente público.

¿Desde qué momento el secretario general de un Ayuntamiento puede dar fe de que un documento, propio de un expediente administrativo, y que no está en ningún expediente, coincide con su original?

A mayor abundamiento, la tinta con la que se firmó el documento 16, este ya sin sello del secretario, parece reciente. No parece que haya sido elaborado hace 14 años.

Por todo ello, considero que pudiera haberse cometido un delito de falsedad en documento público cometido por funcionarios públicos. Dado que el documento se presentó inicialmente en los Juzgados de la Orotava, procede remitir testimonio de esta resolución, junto con el testimonio de los documentos originales (folios 45 a 48) y de los documentos posiblemente falsos (docs. 1624 a 1627 y 2247 a 2251); y de la grabación de la primera de las sesiones del juicio oral, cuestiones previas, así como del dvd en el que se grabó la declaración de Emilio La Roche a los Juzgados de la Orotava, por la posible comisión de un delito de falso testimonio por parte de Juan Carlos de Tomás Martí, y de Emilio La Roche.

Igualmente, y teniendo en cuenta que la incorporación al procedimiento judicial ha sido realizada las dos ocasiones por el Sr. Abogado Esteban Casanova Ruiz, ejerciendo la defensa de Juan Carlos de Tomás Martí, la remisión del testimonio comprenderá también la posible responsabilidad penal de este profesional por la presentación de un documento falso. En todo caso, la valoración de conocimiento de la falsedad no puede llevarse a cabo en este Juzgado, debiendo corresponder, en todo caso, al instructor.

La remisión a instrucción se impone, por la especial relevancia de este documento. Este documento es esencial para el procedimiento, pues en él se pone de manifiesto el carácter rústico del suelo de la parcela sobre la que mayoritariamente se construyó el Trompo. Asimismo, constituye un documento esencial dentro del expediente de legalización del Trompo.

La remisión se llevará a los Juzgados de la Orotava, puesto que en en estos Juzgados donde se presenta por primera vez el documento falso, sin perjuicio, evidentemente, de lo que el instructor pueda decidir en orden a determinar la competencia.





**DUODÉCIMO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 123 del Código Penal, y 240 LECRIM procede imponer a cada uno de los acusados el pago de un tercio de las costas procesales.

Por todo lo expuesto,

### FALLO

**CONDENO** a Ambrosio Jiménez Quintana, como autor criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada del artículo 21.6 del Código Penal, a las penas de **5 meses de prisión, multa de 10 meses, a razón de 10 euros diarios, para un total de 3.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago, inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 5 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 5 meses**; así como al pago de un tercio de las costas procesales.

**CONDENO** a Isaac Domínguez Valencia, como autor criminalmente responsable de delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal en concurso medial con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, a penar por separado de conformidad con el art. 77.3 del Código Penal, a las penas de **1 año de prisión, multa de 14 meses a razón de 10 € diarios para un total de 4.200 €, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago, inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 1 año e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 1 año**, por el delito contra la ordenación del territorio; **y a las penas de 1 año de prisión, 8 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de 1 año**, por el delito de prevaricación urbanística, así como al pago de un tercio de las costas procesales.

**CONDENO** a Juan Carlos de Tomás Martí, como autor criminalmente responsable de delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal en concurso medial con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas simple del artículo 21.6 del Código Penal, a penar por separado de conformidad con el art. 77.3 del Código Penal, a las penas de **1 año de prisión, multa de 14 meses a razón de 10 € diarios para un total de 4.200 €, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago, inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 1 año e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 1 año**, por el delito contra la ordenación del territorio; **y a las penas de 1 año de prisión, 8 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de 1 año**, por el delito de prevaricación urbanística, así como al pago de un tercio de las costas procesales.





**ACUERDO** la **demolición** de 2.137,20 metros cuadrados de la construcción del Trompo. Una vez sea firme la presente resolución, en ejecución de Sentencia, nómbrase a un perito que determine el modo de llevar a cabo la demolición de la obra respetando, en lo máximo que sea posible, los derechos de los titulares de establecimientos en el centro comercial. **Condeno a Ambrosio Jiménez Quintana, Isaac Valencia Domínguez y a Juan Carlos de Tomás Martí**, solidariamente, **a sufragar los gastos** que se ocasionen por dicha demolición, así como las indemnizaciones que correspondan a cualquier tercero de buena fe afectado por la demolición.

Abónese el tiempo que los condenados hubieran estado privados de libertad por esta causa.

**Líbrese testimonio** de esta resolución, de los dvds en los que se grabaron las cuestiones previas de este juicio así como la declaración de Emilio La Roche, y de los folios 45 a 48; 1624 a 1627; y 2248 a 2251 al Juzgado de la Orotava que por turno corresponda por si los documentos obrantes a los folios 1624 a 1627 y 2248 a 2251 hubiesen sido falsificados por los funcionarios públicos Emilio La Roche y Juan Carlos de Tomás Martí. Igualmente, por si el señor, Esteban Casanova Ruiz, Abogado del acusado Juan Carlos de Tomás Martí, hubiese presentado en juicio un documento falso con conocimiento de su falsedad. En el oficio remisorio, hágase expresa mención de que la remisión se lleva a cabo como consecuencia de lo razonado en el Fundamento de Derecho Undécimo.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma **no es firme** y que frente a ella se puede interponer **recurso de apelación en el plazo de 10 días**, para su posterior conocimiento por la Ilma. Audiencia Provincial de Tenerife.

Una vez se produzca la notificación personal de la Sentencia, remítase copia a la Sala de Prensa del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Una vez firme, procédase a su ejecución sin más trámite, y llévase comunicación al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Llévese el original de esta resolución al Libro de sentencias de este Juzgado, dejando en el procedimiento testimonio bastante.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Juez que la dictó,





estando este celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en San Cristóbal de La Laguna, a 12 de agosto de 2016.



