



Roj: **ATS 4201/2017 - ECLI: ES:TS:2017:4201A**

Id Cendoj: **28079120012017200794**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2017**

Nº de Recurso: **20079/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº de Recurso : 20079/2017

Fallo/Acuerdo: Auto Archivo Querella o Denuncia

Procedencia: QUERELLA

Fecha Auto: 27/04/2017

Ponente Excmo. Sr. D. : Andrés Martínez Arrieta

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

Escrito por : FGR

Causa Especial

Recurso Nº: 20079/2017

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Abril de dos mil diecisiete.

I. HECHOS



- 1.- Con fecha 1 de febrero pasado el Procurador Don Fernando Pérez Cruz, en nombre y representación de la PLATAFORMA PARA LA DEFENSA DEL SUR DE CANTABRIA, representada por DON Agapito , en su condición de Presidente, presentó escrito por Registro Telemático, formulando querrela contra DON Ceferino , Ministro de Fomento, Y OTROS, por delito de corrupción en actuaciones públicas.
- 2.- Formado el correspondiente rollo y registrado con el núm. 3/20079/2017, por auto de 3 de febrero se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Cándido Conde-Pumpido Tourón y se acordó imponer al querellante una fianza de tres mil euros para el ejercicio de la acción popular que se pretende en la presente causa.
- 3.- Interpuesto recurso de súplica contra el anterior y dado traslado al Ministerio Fiscal, esta Sala por auto de 8 de marzo acordó desestimar el mismo y confirmar la resolución recurrida.
- 4.- Con fecha 22 de marzo de 2017 el Procurador Sr. Pérez Cruz, en la representación que ostenta, presentó escrito y resguardo de ingreso por la cantidad requerida de tres mil euros, acordándose por providencia de 23 de marzo que, habiendo sido nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional el Magistrado de esta Sala el Excmo. Sr. Don Cándido Conde-Pumpido Tourón, en virtud del Real Decreto 262/17, de 10 de marzo, pasa a formar parte de la misma, en sustitución del anterior, el Magistrado Excmo. Sr. Don Andrés Martínez Arrieta, que también ostentará la ponencia; se tuvo por consignada la fianza impuesta y por formulada querrela, remitiéndose las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.
- 5.- El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 5 de abril de 2017 por el que interesa que dirigiéndose la querrela contra varios querrellados entre los que se cita a D. Ceferino , Ministro de Fomento, ello determina la competencia de esta Sala, a tenor del art. 57.1.2º LOPJ tal y como se declara en el auto dictado en esta causa el pasado 3 de febrero y solicitando la inadmisión de la querrela y el archivo en tanto los hechos descritos no presentan caracteres de delito.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Pérez Cruz, en nombre y representación de la PLATAFORMA PARA LA DEFENSA DEL SUR DE CANTABRIA, en ejercicio de la acción popular, se ha presentado escrito de querrela contra Don Ceferino , Ministro de Fomento, y todos los miembros del patronato de la Fundación Marcelino Botín Sáez de Sautuola y López, el ex-Presidente del Gobierno de Cantabria y actual Presidente, la ex Vicepresidenta, el ex Presidente de Puertos del Estado y los ex Presidentes de la Autoridad Portuaria de Santander, a los que imputa un delito de prevaricación del art. 404 CP , de tráfico de influencias (art. 428 a 431 CP), de cohecho (art. 419 y ss. CP), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios (art. 439 y ss. CP), contra los recursos naturales y medio ambiente, delitos contra el patrimonio cultural e histórico (art. 321 y ss. CP), ordenación del territorio y urbanismo (art. 319 y 320 CP), delito de daños, por los procedimientos administrativos y actos conexos desarrollados en la construcción de un centro cultural en el Muelle Albareda de Santander.- En la querrela narra los hechos siguientes:

"...a partir de que la publicación en el Diario Montañés, de 31 de julio de 2010...Botín construirá un centro cultural de referencia en Santander, un centro que, precisaba aún más, "(...) ocupará el actual aparcamiento del ferry(...)"...nueva edificación no podrá situarse más al este del extremo oriental del edificio actual (estación Marítima), con objeto de no interrumpir las vistas de la Bahía desde la calle Alfonso XIII y los Jardines de Pereda"...1.

9 de abril de 2010.- La Autoridad Portuaria, Puertos del Estado, Ayuntamiento de Santander, Gobierno de Cantabria y, como testigo, el Ministro de Fomento firman el Protocolo General de Intenciones para la reordenación urbanística del frente marítimo portuario de Santander...2. 31 de julio de 2010.- El Diario Montañés publica el publireportaje. 3. 19 de marzo de 2011.- Los mismos firmantes del protocolo signan el Convenio Interadministrativo que,...introduce un sustancial cambio en aquél...4. 21 de marzo de 2011.- A los dos días, se inician los trámites de una Modificación sustancial y una Modificación puntual...Ambas tramitadas con la intervención...de ARNAIZ Consultores, SL el arquitecto Felipe , vinculado a turbias actividades y a la conocida como Ciudad Financiera del Banco de Santander, en Boadilla del Monte, Madrid. 5.11 de abril, de 2012.- El BOE publica la Orden FOM aprobatoria de la Modificación sustancial y el BOC, el 12 de abril de 2012, día siguiente, la del decreto 17/2012, de la Modificación puntual...13 de abril de 2012.- El día siguiente a aprobarse la Modificación puntual, la Fundación solicita la concesión del Muelle Albareda, al este de la Estación Marítima, donde, como ya hemos dicho, el plan especial impedía edificar. 18 de junio de 2012.- La Autoridad portuaria otorga la concesión para ocupar el Muelle..."

SEGUNDO.- Dado que uno de los querrellados es el actual Ministro de Fomento del Gobierno de la Nación, conforme al art. 102.1 de la CE y el art. 57.1.2º LOPJ esta Sala es competente para conocer de la querrela



en relación con el mismo, no así con respecto a los otros querellados, cuya competencia no corresponde a esta Sala.

TERCERO.- Como bien se razona por el Ministerio Fiscal en el dictamen del 5 de abril en el que interesa la inadmisión a trámite de la querrela y el archivo por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno "...En la querrela no se concretan hechos delictivos sino que se tilda en genérico de tal el procedimiento administrativo y el acuerdo de varias administraciones para la construcción de un Centro cultural en el puerto de Santander. Más allá de las discrepancias de la asociación querellante con la construcción y emplazamiento de dicho centro y de su adjetivación de delictivo de todo el proceso administrativo en el que han intervenido varias administraciones, no se concretan en modo alguno los hechos en los que se aprecia delito, ni se establece cual sea a concreta participación del aforado en los mismos. No consta en consecuencia ningún elemento de prueba siquiera indiciario o mínimo, ni siquiera aún con la categoría -que no sería admisible- de mera sospecha, de la existencia de un acuerdo entre los representantes de las administraciones central, autonómica y local para cometer la prevaricación que se dice en la aprobación del proyecto. Tampoco se establece cual sea la concreta conducta que permita afirmar la existencia de cohecho o de negociaciones prohibidas a los funcionarios o de tráfico de influencias, pues no se menciona siquiera en que consistirían las supuestas negociaciones, ni cuales son las dádivas o presentes, ni en que hayan consistido las supuestas influencias de unos funcionarios en otros. Las referencias de la querrela a que por un periódico se anunciara la existencia del proyecto de construcción del Centro, o a que interviniera el arquitecto Felipe en el proyecto (que señala fue el mismo que intervino en la construcción de la ciudad financiera del Banco de Santander en Boadilla del Monte), o a que el procedimiento administrativo se realizara con celeridad, o que las administraciones se pusieran de acuerdo en llevar a cabo el proyecto, no son indicio o expresión alguna de la comisión de los delitos que la querrela menciona. Asimismo, en cualquier caso, no solo no se concreta sino que ni siquiera se alude de forma genérica en momento alguno a la intervención que haya podido tener en los hechos el aforado, lo que impediría contar con elementos indiciarios para aceptar la competencia de la Sala para la instrucción...". Y es que en relación con el contenido de la querrela, con carácter previo a su admisión, procede determinar, de conformidad con la normativa establecida en los arts. 312 y 313 LECR , si la misma resulta procedente, debiendo desestimarse en el caso de que los hechos en que se funda no constituyan delito. Conste que solo debe examinarse la querrela respecto de la óptica del aforado. La valoración inicial deberá hacerse en función de los términos de la querrela de manera que si éstos, como vienen formulados, no son delictivos, procederá su inadmisión por resolución motivada; y si los hechos alegados, en su concreta formulación, llenan las exigencias de algún tipo penal deberán admitirse las querellas sin perjuicio de las decisiones que posteriormente procedan en función de lo que resulte de las diligencias practicadas en el procedimiento (AATS.6-05-2009 , 1-03-2010). La querrela debe admitirse si los hechos alcanzan relevancia penal a juicio del Tribunal, pero no porque aquélla sea consecuencia de una valoración previa del que ejercita la acción penal (AATS. 2-11-2009 , 20-05- 2011). Según criterio jurisprudencial ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que: "a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como ésta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito.

b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 C.E ., en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del Texto Constitucional". (Ver autos de 18/06/12, Rec. 20383/12; 1/12/15, Rec. 20788/15; 14/1/16, Rec. 20370/15).

CUARTO.- Aplicando aquellos principios sobre la conducta del aforado y los delitos de prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas a los funcionarios, delitos contra los recursos naturales y medio ambiente y delito de daños, no se aporta en relación con los delitos imputados ni el mas elemental principio de prueba, indicio o sugerencia, así en cuanto al delito de prevaricación por haberse dictado una resolución arbitraria, no se ha acreditado su realización y en cualquier caso no podría un Tribunal penal arrogarse competencias sobre el control de la función administrativa, en cuya sede quedarían residenciadas las ilegalidades ordinarias y no extravagantes como consecuencia del principio de última ratio y del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal, que solo debe entrar en juego ante las irregularidades mas



graves y formas de lesión mas intensas e insoportables del bien jurídico cuando antes hubieran fracasado otros sectores del ordenamiento jurídico. En el caso que nos ocupa consta según expone el Ministerio Fiscal en su dictamen que "los mismos hechos recogidos en la querrela fueron previamente objeto de denuncia ante la Fiscalía de la Comunidad de Cantabria en fecha 5 de junio de 2014, dando lugar a las Diligencias de Investigación 108/2014. En dichas diligencias se acordó por el Fiscal el archivo por no apreciar la existencia de infracción penal alguna mediante Decreto de 30 de junio de 2014. En el Decreto de archivo se recordaba que varias de las resoluciones de los procedimientos denunciados han sido objeto de recurso contencioso-administrativo, entre ellos el Decreto 17/2012, de 12 de abril, por el que se aprueba la modificación puntual del Plan Especial, y que tras ser examinado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se desestimó en sentencia de fecha 18 de noviembre de 2013 , en la que en un minucioso examen del procedimiento seguido se concluye, no solo que no existe irregularidad alguna en el mismo, sino que todas las alegaciones de nulidad planteadas deben desestimarse. Asimismo se recuerda en el Decreto, por otra parte, que ya se solicitó directamente en la mencionada jurisdicción la paralización de las obras, desestimándose por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 en auto de fecha 8 de julio de 2013, confirmado por la sentencia de la Sala de 24 de enero de 2014 al resolver el recurso contra la citada resolución". Como declara la STS 363/2006, de 28 de marzo , recordando entre otras, la de 4 de diciembre de 2003, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los principios constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de última ratio en la intervención del ordenamiento penal (sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001 , entre otras). Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, que no se trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.- Respecto al delito de tráfico de influencias y los otros delitos, tampoco se aporta principio alguno de prueba de que el aforado hubiere ejercitado fuerza moral, presión psicológica o influencia indebida, prevaleciendo del ejercicio de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con funcionario o autoridad para conseguir cualquier resolución que le pudiera generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. Y es que en realidad los hechos descritos en la querrela tachan indiscriminadamente no solo de ilegal sino de penalmente relevante toda una actuación administrativa lo que les ha llevado a interponer, como señala el Ministerio Fiscal, denuncia ante la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Cantabria (Diligencias de Investigación 108/14, archivadas por decreto de 30/6/14), procedimientos contenciosos frente al Decreto 17/12, de 12 de abril, sentencia de 18/11/13 en la que tras un minucioso examen del procedimiento seguido se concluye no solo que no existe irregularidad alguna, sino que todas las alegaciones de nulidad planteadas deben desestimarse.- Y sobre la paralización de las obras, auto de 8/7/13 Juzgado de lo Contencioso nº 1 desestimando la misma, auto confirmado por sentencia de 24/1/14 cuando lo cierto es que se trata de una actuación administrativa con la previsión de trámites de información pública y posibilidades de recurso, es decir de mecanismos hábiles para corregir eventuales desviaciones de la legalidad.

Así las cosas, es patente que se pretende al dirigir la querrela añadiendo y encabezando al hoy Ministro, atraer la competencia de esta Sala, con la pretensión de apertura de una "causa general" a toda una actuación administrativa, con fundamento en inconcretas afirmaciones donde no se aporta ni el mas elemental principio o indicio de prueba contra el aforado, de ahí que debamos concluir de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal que procede la inadmisión de la querrela, conforme al art. 313 de la LECrm, por no ser los hechos imputados al aforado constitutivos de ilícito penal alguno.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : 1º) Declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de la querrela presentada por la representación procesal de la PLATAFORMA PARA LA DEFENSA DEL SUR DE CANTABRIA, exclusivamente respecto al único aforado ante esta Sala Don Ceferino . 2º) Declarar la falta de competencia respecto al resto de los querrelados. Y 3º) Inadmitir a trámite la querrela por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno, acordando el archivo de las actuaciones.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres. que han formado Sala pare ver y decidir la presente, de lo que como Secretario, certifico.

D. Manuel Marchena Gómez D. Andrés Martínez Arrieta D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro D. Antonio del Moral García