



**XDO. INSTRUCCION N. 1
DE LUGO**

25.11.10

ARMANDO DURAN S/N

DILIGENCIAS PREVIAS NÚMERO 2054/2009



A U T O

En LUGO a veintitrés de noviembre de dos mil diez.

I. - ANTECEDENTES

PRIMERO.- Las presentes Diligencias Previas se han incoado como consecuencia de la recepción, ante este juzgado, de denuncia formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Acuña Santamaría en nombre y representación de LA ASOCIACIÓN CULTURAL EN LA DEFENSA DEL PARQUE ROSALIA DE CASTRO, dictándose auto incoando las correspondientes Diligencias Previas y mandando practicar cuantas diligencias de investigación se han considerado procedentes para la determinación de la naturaleza de los hechos denunciados y de las personas que en los mismos hubieran intervenido .

SEGUNDO.- En fecha 9 de junio de 2010 , por la representación procesal de la ASOCIACIÓN CULTURAL EN LA DEFENSA DEL PARQUE ROSALIA DE CASTRO se presentó escrito en el que además de solicitar la investigación de la comisión de posibles infracciones penales y la depuración de las responsabilidades a que hubiera lugar, se adopte la medida cautelar de paralización de las obras en aras a evitar mayores daños y perjuicios de los ya causados al interés público, PATRIMONIO DEL CONCELLO DE LUGO, BIENES DE INTERES CULTURAL Y SU ENTORNO así como de los que se puedan causar a terceros adquirentes de viviendas , que por inacción de la Administración ya fueron construidos, ejemplo República Argentina 8 así como trabajadores y proveedores de la obra de la UA CS5 misma y daños y expolio que se pueden convertir en irreversible de continuar con la edificación existiendo indicios suficientes de la comisión de delitos tipificados y predeterminados legalmente en el Código Penal

TERCERO.- Admitida a tramite dicha petición se dio traslado de la misma al Ministerio fiscal a fin de que hiciera las alegaciones oportunas

CUARTO.- El Ministerio Publico presentó escrito adhiriéndose a la solicitud efectuada , quedando los autos sobre la mesa de S. 5ª para dictar la resolución procedente en derecho.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De acuerdo con los artículos 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 339 del Código Penal procede adoptar la medida cautelar interesada por la ASOCIACIÓN CULTURAL EN LA DEFENSA DEL PARQUE ROSALIA DE CASTRO procediendo a la paralización inmediata de las obras que se estén ejecutando en la UNIDAD DE ACTUACIÓN CS-5 por considerar que solo de esta forma se pueden evitar los perjuicios , que en otro caso , devendrían irreparables al bien general y al interés publico

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen del fondo del asunto, hemos de hacer unas someras referencias a lo que son y para qué sirven las medidas cautelares .

A tal fin, puede señalarse que las medidas cautelares son instrumentos procesales que sirven para otorgar efectividad al proceso mismo y más específicamente a la sentencia que, en su día, se dicte. Repárese que la actuación del ius puniendi por parte del Estado a través del proceso penal requiere «tiempo», y precisamente ese tiempo implica en sí mismo un importante riesgo de que la resolución que en su día llegue a dictarse sea inútil, sobre todo cuando el sujeto pasivo aprovecha para sí mismo las indeseables dilaciones procesales , para hacer que dicha resolución sea ilusoria y por ende, inejecutable.

La finalidad que da verdaderamente significado a la regulación de las medidas cautelares es la función de garantía de la efectividad del proceso , ya que comporta un real y efectivo aseguramiento de su desarrollo . Se trata de esta forma, de evitar los riesgos de ineffectividad de los derechos sujetos a protección que puedan ocasionarse por la duración de un proceso

Las características de las medidas cautelares vienen directamente vinculadas a la finalidad de aseguramiento:

A) Instrumentalidad.- La medida cautelar se justifica sólo con relación a un proceso. Garantizan tanto el proceso de declaración, mediante la presencia del sujeto y preservando cuantos elementos de prueba puedan servir en el mismo, como la efectividad del cumplimiento de la sentencia condenatoria, a saber, el proceso de ejecución. De ahí su naturaleza instrumental.

B) Provisionalidad.- La medida cautelar no pretende convertirse en definitiva, y es por ello que desaparece cuando deja de ser necesaria en el proceso principal. Sólo se mantienen en tanto en cuanto permanezcan las circunstancias

que motivaron su imposición, y éstas pueden variarse en el tiempo.

C) Temporalidad. - La duración de la medida cautelar es limitada, dado que, por su propia naturaleza, se extingue al desaparecer las causas que la motivaron

D) Variabilidad. - La medida cautelar puede ser modificada, e incluso alzada, cuando se altera la situación de hecho que dio lugar a su adopción.

E) Jurisdiccionalidad. - Corresponde exclusivamente a los órganos del Poder Judicial adoptar las medidas cautelares.

La jurisdiccionalidad, a su vez, implica lo siguientes:

1. La decisión cautelar es sólo posible por el órgano jurisdiccional

2.- toda medida cautelar ha de ser debidamente motivada. La motivación, es manifestación del artículo 120 CE y, por supuesto, del genérico derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. La necesidad de motivar exige al juzgador exponer en la resolución de forma suficientemente comprensible cuáles son los elementos y cuáles las razones tenidos en cuenta en su adopción

3.- el juzgador ha de realizar un examen formal de la proporcionalidad y de la racionalidad de la medida a adoptar, efectuando un juicio de ponderación entre el derecho o derechos afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger.

Existe una íntima relación entre la motivación judicial -entendida en el doble sentido de explicitación del fundamento de Derecho en el que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión-, y las circunstancias fácticas que legitiman la adopción de la medida en cuestión

TERCERO. - Por otro lado, es obvio que la adopción de cualquier medida cautelar precisa que el juez tenga atribuida esa potestad por una norma legal. En el proceso penal, las medidas cautelares están reguladas en diversos preceptos, tratando la Ley de Enjuiciamiento Criminal de concretas y específicas medidas cautelares, tanto personales como reales

Pero al margen de lo anterior, el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite la adopción de medidas protectoras en relación con ofendidos o perjudicados, que obviamente, incluye cualesquiera otras favorables al interés público, cuya concreción vendrá dada según las circunstancias del caso

Asimismo, el Código Penal, dentro de las disposiciones comunes aplicables a los delitos medioambientales acoge una disposición específica, que es el artículo 339 del Código Penal, el cual dispone que: "Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este título."

Este precepto, contiene una habilitación especial amplísima al disponer que para la protección de los bienes tutelados en el título XVI del C.Penal, que comprende los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, los jueces o tribunales podrán adoptar motivadamente "cualquier medida cautelar necesaria"

Este precepto no viene a ser mas que el reflejo específico en estos tipos de delito del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que viene a establecer como una de las primeras diligencias instructoras las de dar protección a los perjudicados, lo que sin duda alguna lleva a la conclusión de que la ausencia de este precepto específico en modo alguno impediría la adopción de medidas cautelares para la protección del bien jurídico en base a ese mandato genérico del artículo 13 de la LECr. No obstante lo anterior, hay que reconocer que dicho artículo tiene una especial transcendencia en el ámbito de la instrucción, toda vez que establece de forma expresa la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados.

Ahora bien, tanto en un precepto, el específico del 339 del Código Penal, como en el otro, el genérico del 13 de la Lecriminal, nos encontramos con que se hace una previsión genérica de medidas cautelares, determinando la finalidad de las mismas, en este caso la protección del bien jurídico, pero sin establecer en modo alguno cuáles sean las medidas a adoptar, ya sea recurriendo a la técnica del numero clausus o con carácter meramente enunciativo. No obstante, la doctrina no tiene ninguna duda acerca de que no existe ningún inconveniente en la adopción de las medidas cautelares previstas en el artículo 129 del Código Penal, al que hace expresa referencia el artículo 327 del CP (si bien referido este ultimo precepto exclusivamente a los ilícitos penales previstos en el artículo 325, y su agravación del 326, no al resto de ilícitos, y concreto también, desde el punto de vista penológico, no con carácter cautelar, exclusivamente a la adopción de las medidas de intervención o clausura de la sociedad); tal precepto puede relacionarse con el art. 129 del C.Penal que contiene un catalogo de medidas cautelares, pero interesa resaltar que así como el art. 129 C.Penal



ESTRACIÓN
JUSTITIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

citado contempla la adopción de medidas cautelares contra el presunto responsable penal o civil, el art. 339 C.Penal no contiene tal limitación, pues en definitiva la norma atiende esencialmente a la necesidad de preservar los bienes jurídicos protegidos presuntamente vulnerados por los delitos en cuestión, cuyas consecuencias lesivas pueden derivarse de la conducta de terceros de buena fe, pero no por ello ajenos a la producción del daño que se trata de evitar

Es preciso igualmente apuntar, la especial transcendencia que cobra en los delitos contra la ordenación urbana, la adopción de medidas cautelares, no solo porque constatada la presencia de indicios racionales de la comisión de algún delito de esta clase, puede y debe exigirse el cese de la actividad perturbadora, sino por cuanto la continuación de la misma de forma prolongada y continuada puede no ya acrecentar el peligro, sino determinar que el mismo se materialice concretándose en la existencia real del daño, o aumentar las consecuencias de este de haberse ya producido, dicho de otro modo, en este tipo de ilícitos penales pueden cobrar toda su naturaleza preventiva de protección la adopción de medidas cautelares.

Lógicamente, como se ha señalado anteriormente, en la adopción de estas medidas, como en cualquier otra, habrán de observarse las características anteriormente enunciadas e igualmente, la concurrencia de los siguientes PRESUPUESTOS:

1º) "fumus boni iuris" o aparición de buen derecho.- En el proceso penal, este requisito, se concreta en la existencia de un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación, la realización de un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo del proceso y sobre la futura imposición de una pena. En el ámbito del proceso penal, el juzgador, deberá ponderar la apreciación de indicios racionales de criminalidad, es decir, de la comisión de un delito, aun cuando lógicamente, en sede de instrucción, toda calificación jurídica es provisional y, desde luego, no vinculante, en definitiva, dentro del proceso.

2º) "periculum in mora", esto es, el riesgo de que se pueda derivar un perjuicio, especialmente para los bienes protegidos por el delito.

CUARTO.- Pues bien, hechas las anteriores reflexiones, lo que procede, a continuación, es efectuar un examen detenido del supuesto de autos para verificar si concurren o no los presupuestos necesarios para la adopción de la medida instada o en su caso, de cualquier otra.

Pues bien, a la vista de las diligencias de investigación practicadas (documental unida a autos, informes emitidos tanto por el SEPRONA como por la Agencia de Protección de la

Legalidad , informes emitidos por los departamentos correspondientes de la Xunta de Galicia y sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Lugo) puede afirmarse, que existen indicios serios y contundentes de la posible comisión de un delito contra la ordenación del territorio , dentro de cuyo catalogo, y atendiendo a los hechos que a continuación se expondrán y analizarán podrían tener cabida en el art . 320 del C.Penal , sin perjuicio de ulteriores calificaciones jurídicas así como de la posible comisión de otras infracciones penales (falsedad documental y omisión del deber de perseguir delitos)

Como es de todos sabido, a través de la tipificación de los delitos sobre la ordenación del territorio , en el Capítulo Primero del Título XVI (arts. 319-320) , el Código Penal trata de preservar y proteger la ordenación racional del suelo.

La intervención del Derecho penal en el ámbito urbanístico entronca con las limitaciones que ha mostrado la respuesta a la corrupción urbanística desde el Derecho administrativo. Frente a las críticas al carácter expansivo que mostraría el Derecho penal al elevar a infracción penal lo que se ha venido calificando "consuetudinariamente" como meras infracciones administrativas, cabe oponer que se respetan los principios legitimadores penales, señaladamente el de intervención mínima, si los tipos penales se estructuran como refuerzo de los mecanismos administrativos de control en los casos de incumplimiento de la ordenación territorial legal que suponen un ataque más frontal al uso racional del suelo.

El Capítulo en cuestión, contempla dos figuras delictivas:

1.-por un lado, delitos contra la ordenación del territorio cometidos por profesionales de la construcción (art 319 del C.P)

2.- por otro lado, delitos de prevaricación en el ámbito urbanístico.(art 320 del C.P)

En efecto, el art. 319 CP sanciona conductas urbanísticas ilegales realizadas por promotores, constructores y técnicos-directores. Se trata de un delito especial propio, cuyos posibles sujetos activos, profesionales de la construcción, vienen definidos en los arts. 9, 11 y 13 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Las actividades urbanísticas incriminadas son dos. En el art. 319.1 CP se contempla la modalidad más grave: las construcciones no autorizadas en suelos merecedores de especial protección por estar destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o tener legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico, cultural. En el art. 319.2 CP

se regula la modalidad básica: las edificaciones no autorizables en suelos no urbanizables. El tercer apartado del art. 319 CP prevé la posibilidad de que los jueces y tribunales ordenen motivadamente, y a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Por su parte, el art. 320 CP dispone que 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 art. 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

Este precepto constituye una modalidad específica de la prevaricación administrativa regulada en el art. 404 CP, que se ha dado en llamar prevaricación urbanística por lo que presenta los elementos característicos del sujeto activo, autoridad o funcionario público, y de realización de una conducta injusta o arbitraria. En el precepto que nos ocupa se incriminan conductas relacionadas con el proceso de otorgamiento de una licencia urbanística. En concreto, se sanciona lo siguiente :

-informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes (art. 320.1 CP) o

- resolver o votar a favor de su concesión por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado (art. 320.2 CP).

Como en toda prevaricación, lo que se sanciona no es simplemente la concesión de una licencia ilegal o el informe favorable contrario a la norma, sino el torcimiento del derecho, es decir, que esos actos sean ejecutados dolosamente, "a sabiendas de su injusticia", con desprecio de las normas, cuando la infracción del ordenamiento administrativo sea evidente, clamorosa; la "injusticia" que tal actuación administrativa proclama, la arbitrariedad de la misma, puede consistir en la absoluta falta de competencia del inculpado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución.

Pues bien, tras el examen detenido de las actuaciones, se llega a la conclusión de que pudiéramos estar ante la comisión de un delito de prevaricación urbanística, previsto y penado

en el artículo 320 del C.P , ya que , como ha venido denunciando de forma perseverante, la ASOCIACIÓN CULTURAL NA DEFENSA DO PARQUE DE ROSALIA, parece haber existido alguna clase de connivencia entre los representantes municipales , encargados precisamente de proteger el suelo publico , y una promotora particular , para, actuando en contra de los intereses generales que nuestros representantes tienen obligación de preservar, beneficiar injustamente a dicho promotor / propietario , firmando , informando y aprobando el convenio urbanístico, PERI, PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCION Y LICENCIAS, que , desde el punto de vista de esta instructora, incumplen de forma manifiesta tanto la normativa legal y reglamentaria vigente en materia de urbanismo como las ordenes impartidas por los órganos con competencia sectorial en la materia , desconociendo y pasando por alto , asimismo, la resolución , no firme, todo hay que decirlo , dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo en fecha 16 de septiembre de 2009

En efecto, prescindiendo de otra clase de irregularidades e infracciones ,que igualmente han podido observarse , a lo largo de la tramitación, en la ordenación de la UNIDAD DE ACTUACION CS-5 , podemos constatar las siguientes transgresiones:

-De un lado, como informa el SEPRONA, el Sr. Alcalde de LUGO y el propietario mayoritario de la UNIDAD DE ACTUACION CS-5 , RICARDO IGLESIAS, firmaron en fecha 22 de julio de 2005 el convenio urbanístico sin tener en cuenta la existencia del también propietario ANGEL SANCHEZ GAYOSO , que lo era de la parcela con referencia catastral 7525013PH1672S0001UT, incumpliendo de esta forma lo previsto en el artículo 123.4 y el artículo 117 de la LOUGA. Posteriormente, el Alcalde , tramitó de oficio la exclusión de los 157,89 metros cuadrados de los 306 que mide la parcela pasándolos de la UNIDAD DE ACTUACION CS-5 a la CS-9 . Dicha exclusión se realizó conjuntamente con el PLAN ESPECIAL DE REFORMA INTERIOR que fue aprobado por la Junta de Gobierno Local el 17 de agosto de 2005 . Tal actuación, constituye una infracción grave prevista en el artículo 217.3 de la LOUGA , que establece que "3. Son infracciones graves: a) Las acciones y omisiones que constituyan incumplimiento de las normas relativas a parcelaciones, aprovechamiento urbanístico , uso del suelo, altura y número de plantas, superficie y volumen máximo edificables, emplazamiento de las edificaciones, distancias mínimas de separación a lindes y otros elementos y ocupación permitida de la superficie de las parcelas o de habitabilidad de las viviendas, cuando no tengan el carácter de muy graves." Con este procedimiento, al excluir de la UA CS-5 la parcela del SR SANCHEZ GAYOSO, se ha convertido al promotor en único propietario



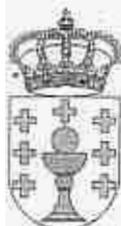
-De otro lado, es un hecho constatado en la documental aportada a los autos , y perfectamente visible que la ejecución de la unidad de actuación CS-5 amparada por el PLAN ESPECIAL DE REFORMA INTERIOR UA CS-5 , aprobado definitivamente en fecha 7 de noviembre de 2005 , ocupa su volumen edificable la parcela , señalada con el numero 4 en el PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCIÓN ,de 702 m2 , que forma parte integrante del PARQUE , e incluida su superficie en la finca COSTAS DO PARQUE , referencia catastral 7525033PH1672N0001KB . Es igualmente sabido que dicha finca es de dominio y uso publico , según el Inventario General de Bienes y Derechos de la ENTIDAD LOCAL . Esta igualmente clasificada como suelo urbano y calificada como sistema general con suelo publico , espacios libres y zonas verdes, Parque Publico

Sin embargo, como destaca la Asociación de defensa del Parque Rosalía de Castro , no consta expediente alguno para la desafectación de esta parte del parque que debiera de estar justificada por prioritarios intereses públicos , que hubieran justificado su exclusión de la delimitación de la polémica unidad de actuación

-Llama igualmente la atención , el que se hubiera pactado la necesidad de aprobar el PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCION antes del 31 de diciembre de 2005 , fecha de su definitiva aprobación . Cabe apuntar, como denunció en su momento la Asociación denunciante , que con tal medida se ha evitado , en contra del interés general, la aplicación de la reforma de la LOUGA , operada por ley 15/2004 , provocando un aumento de la edificabilidad privada del promotor

-Por otra parte, en contra de lo que se informa , la controvertida parcela numero 3 de 702 m2 consta adquirida por el Ayuntamiento de forma onerosa , según se recoge en un informe emitido por el entonces JEFE DE NEGOCIADO DE PATRIMONIO del ayuntamiento de LUGO, D JESUS GANDROY CERCEDA, que modifica un informe anterior emitido en fecha 2 de abril de 2003 , y que viene a certificar la adquisición onerosa de la parcela en cuestión , de acuerdo a su vez, con un certificado del ayuntamiento de fecha 3 de agosto de 1927 . Esto contradice las observaciones del PERI sobre esta parcela, con la consiguiente pérdida de edificabilidad que en otro caso correspondería a la ENTIDAD LOCAL , beneficiando con ello el particular interés del promotor

-Pero al margen de lo anterior, la infracción mas flagrante, la que lleva a adoptar sin más dilación , las medidas cautelares que a continuación se dirán , se ha cometido al faltar los preceptivos informes sectoriales previos a la aprobación del proyecto de urbanización de la unidad de actuación CS-5 y a la concesión de licencias


 ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

 ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Entrando en el examen de este punto, no puedo dejar de llamar la atención sobre el informe emitido por el SEPRONA, que al entender de esta juez, incurre en manifiestos errores de índole jurídico, cuando menos, sorprendentes y en todo caso, contradictorias con conclusiones sentadas por documentos de trascendencia tal como la sentencia dictada por el juzgado de lo contencioso administrativo número 1 de Lugo de fecha 16 de septiembre de 2009, todavía no firme, así como con informes anteriores dictados por la Consellería de Cultura de la Comunidad Autónoma de Galicia. Ello, al margen de que se aprecia en dicho informe la omisión del estudio y siquiera alusión de textos legales que igualmente serían de aplicación obligatoria, fundamentalmente, de la LEY 8/1995 de 30 de octubre sobre Protección de Patrimonio Histórico y Cultural de Galicia.

También se echa en falta en el precitado informe, las valoraciones físicas, concretamente las mediciones de distancias a los dos elementos que se dicen afectados, y que serían absolutamente precisas como presupuesto preliminar para que ulteriormente podamos debatir acerca de si se ha vulnerado o no distancias, si tales elementos están ubicados en algún contorno sujeto a protección o si son o no de aplicación las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento urbanístico.

Y es que lo que no puede ocultarse, como hecho objetivo e incuestionable, es que la obra cuya paralización se pretende se halla situada en una unidad de actuación en el ámbito de protección de un bien de interés cultural como son las TERMAS ROMANAS O BALNEARIO DE LUGO y de UN EDIFICIO CATALOGADO, como es el SANATORIO PORTELA.

Contrariamente a la actuación del SEPRONA, la AGENCIA DE PROTECCIÓN DE LEGALIDAD URBANÍSTICA, si efectúa las preceptivas mediciones concluyendo que el área centro sur número 5, se ubica en suelo urbano no consolidado a una distancia de unos 165 metros de las TERMAS ROMANAS y de unos 30 metros del SANATORIO DEL DR PORTELA.

Otro hecho igualmente incontestable es que ambos elementos tienen la consideración de bienes de interés cultural: las termas romanas en cuanto resto arqueológico y el sanatorio PORTELA en cuanto elemento de Arquitectura civil.

Dicho esto, la siguiente cuestión radica en determinar si tales elementos se encuentran o no dentro de un área de protección específica que exija la intervención de los organismos con competencia en la materia.

Pues bien, el PXOU no contempla las aéreas de protección, surgiendo entonces la controversia de naturaleza meramente jurídica pero de sencilla resolución, consistente en dirimir acerca de si ante su vacío resultan o no de aplicación las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento. Concretamente, el artículo 30 que establece determinadas aéreas de protección

Pues bien, asumiendo incomprensiblemente la posición defendida por el Municipio, pero sin ningún argumento razonable, el SEPRONA, considera que la urbanización es perfectamente lícita, puesto que no obstante situarse en el entorno del SANATORIO PORTELA Y DE LAS TERMAS ROMANAS, no es de aplicación el artículo 30 de las normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, al entender, que las mismas solo se aplican a suelo rustico o no urbanizable, y no a suelo urbano no consolidado, ya que según se dice, una vez consolidado se transforma a suelo urbano.

Sin embargo, las normas en cuestión serán complementarias del Planeamiento Municipal vigente y subsidiarias del Planeamiento Municipal en caso de ausencia de este. Y no solo esto sino que tales normas determinan que las mismas son de aplicación, cuando exista planeamiento municipal vigente y en el mismo no se delimiten los perímetros de protección de los elementos catalogados, en cuyo caso, se aplicara la norma genérica de 100 metros en los elementos catalogados (como es el caso del SANATORIO PORTELA) y 200 metros en cuanto a los Bienes de Interés Cultural. Y en caso de duda el contenido de las normas debe interpretarse en el sentido mas favorable a la conservación del bien que interesa proteger, cualquiera que sea su régimen jurídico y cualquiera que sea la clase de suelo en el que se ubique.

Por tanto, en la medida en que el planeamiento de Lugo no determina los contornos de protección, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51.2 de la ley de ordenación urbanística serán de aplicación las normas subsidiarias y complementarias de planeamiento. Y concretamente, el artículo 30.2, que exige informe previo de la comisión territorial de patrimonio que tendrá carácter vinculante dentro de las áreas de protección siguientes: 100 metros en caso de elementos de arquitectura religiosa, civil o militar, 200 cuando se trate de elementos arqueológicos

Pero si no se compartiera la anterior tesis, y a mayor abundamiento, resulta de aplicación la LEY 8/1995 DE PROTECCION DE PATRIMONIO HISTORICO Y CULTURAL DE GALICIA, que viene a establecer que los elementos catalogados son inseparables de su entorno de protección. Si un planeamiento como el de Lugo no los tiene delimitados, se aplicaran los genéricos de 100 y 200 metros según los casos, protección que

se dispensará siempre con independencia de que sea suelo rural o urbano

Como se ha recogido anteriormente, tanto las termas romanas como el sanatorio del Dr. Portela forman parte del Inventario Xeral de patrimonio cultural de Galicia y están incluidos en el PXOU de 27 de diciembre de 1990 (60.- Termas romanas (Balneario) Monumento Nacional , declarados bien de interés cultural con categoría de monumento y dentro de la " arquitectura Urbana " el elemento 297 .- Sanatorio Del Dr Portela

Por otra parte, ni las termas romanas ni El Sanatorio Portela tienen un contorno de protección definido en el planeamiento , por lo que serían de aplicación las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento provincial , que en su art 30 establece que mientras no se redacte el planeamiento correspondiente dentro de las areas de protección que se señalan será preciso informe previo de la COMISION PROVINCIAL DE PATRIMONIO que tendrá carácter vinculante para la realización de cualquiera de las actividades que enumera el art 178 de la ley del suelo (entre las que se encuentra las obras que se están ejecutando) A continuación, la norma define cuales son estas areas de protección , que en lo que nos afecta serían de b) 100 metros, cuando se trate de elementos de arquitectura religiosa , arquitectura civil y c) 200 metros, cuando se trate de restos arqueológicos

En el anexo 3, INVENTARIO DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LAS NORMAS COMPLEMENTARIAS Y SUPLEMENTARIAS DE PLANEAMIENTO , se señala la relación del patrimonio afectado por la protección para todo el termino municipal y cualquier clase de suelo . Entre tales elementos se encuentran las TERMAS ROMANAS-BALNEARIO , incluido en el apartado de ARQUEOLOGIA ROMANA asi como el SANATORIO PORTELA , recogido en el catalogo de PXOU que deberá también ser añadido a dicho anexo .

La LEY DE PATRIMONIO CULTURAL DE GALICIA , en su disposición adicional primera determina que todos los bienes muebles e inmuebles , sitios en el ámbito territorial de La COMUNIDAD AUTONOMA DE GALICIA que hubieran sido declarados de interés cultural con anterioridad a la entrada en vigor de la LEY pasaran a tener consideración de bienes de interés cultural y quedaran sometidos al mismo régimen jurídico de protección aplicable a estos. Tal es el caso de las TERMAS ROMANAS, que fueron declaradas bien de interés cultural el día 3 de junio de 1931 con categoría de monumento . Y según el artículo 43 de la Ley 8 /1995 no se pueden realizar obras que afecten directamente a los mismos o sus contornos sin autorización expresa de la Consellería de Cultura , en tanto que el art 44 .4 estipula que para cualquier intervención que pretenda realizarse, la existencia de una figura de

planeamiento que afecte al entorno del monumento no podrá excusar el informe preceptivo y vinculante de la CONSELLERIA DE CULTURA

La disposición adicional 2 * de la LPCGALICIA establece que en virtud de esta ley se incluyen en el inventario general del patrimonio cultural de GALICIA todos aquellos bienes recogidos en los catalogos de las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento de las provincias gallegas, entre ellas LUGO , así como los contenidos en los catalogos de cualquier otra figura de planeamiento , es decir entre ellos, LAS TERMAS ROMANAS - BALNEARIO Y EL SANATORIO PORTELA

Pero es más , el dia 23 de octubre de 2008 se publico el DECRETO 232/2008 sobre INVENTARIO XERAL DEL PATRIMONIO CULTURAL , indicando en su art 9.2 que se incorporaran al inventario XERAL DE PATRIMONIO CULTURAL DE GALICIA, automáticamente : a) los bienes declarados de interés cultural b) los bienes incluidos en el catalogo del patrimonio cultural de Galicia , c) los bienes recogidos en los catálogos de normas complementarias y subsidiarias de planeamiento de las provincias gallegas y d) los bienes contenidos en los catálogos de cualquier figura de planeamiento

El art 12 establece que cuando se trate de bienes inmuebles , en la resolución por la que se incoe el procedimiento podrá establecerse un contorno de protección específico del bien objeto de inclusión . De no ser así, serán de aplicación , por la posible afección del bien las siguientes areas de protección genéricas:

b) 100 metros cuando se trate de arquitectura religiosa , civil o militar (es el caso del SANATORIO PORTELA)

c) 200 metros cuando se trate de restos arqueológicos (como es el caso de LAS TERMAS ROMANAS / BALNEARIO)

Por tanto, según esta normativa, estudiada debidamente y de forma pormenorizada por la AGENCIA DE PROTECCION DE LEGALIDAD URBANISTICA, es obvio que la obra cuya paralización se pretende , situada en el área centro sur numero 5 ubicada en suelo urbano no consolidado , esta a una distancia de 165 metros de las TERMAS romanas y de unos 30 metros del sanatorio del DR PORTELA . Ambos son bienes sujetos a un area de protección . Por tanto , es preceptivo el informe de la COMISIÓN PROVINCIAL DE PATRIMONIO previo a la concesión de licencia municipal . Dicho informe, además, tiene carácter vinculante

Ni el Promotor, ni el Constructor , ni el Ayuntamiento , ni el Alcalde , ni la Junta de Gobierno, ni los técnicos municipales por su claridad puede obviar la anterior

normativa. Máxime cuando ya en fecha 27 de marzo de 2007, la Subdirectora general de protección del patrimonio de la DGPA CULTURAL DE 27 MARZO 2007 informó en el anterior sentido, al señalar que el régimen jurídico de tales bienes, (sanatorio PORTELA y las TERMAS ROMANAS) exigía la autorización previa y preceptiva de la DIRECCIÓN XERAL DE PATRIMONIO CULTURAL .

Y cuando, precisamente por ello, en fecha 26 de junio de 2007, la Consellería de Cultura y Deporte, instó al AYUNTAMIENTO de Lugo a que paralizara cauteladamente las obras que se estaban realizando en los solares contiguos al PARQUE DE ROSALIA DE CASTRO .

Y cuando en fecha 16 de septiembre de 2008, el arquitecto de la CONSELLERÍA DE CULTURA Y DEPORTE concluyó que la ordenación urbanística propuesta por el PERI CS- 5 afecta al contorno de protección de las termas romanas y al sanatorio Portela, por lo que la idoneidad de la ordenación debería ser evaluada y avalada por la Comisión Territorial del patrimonio histórico de Lugo

Y cuando nuevamente, en fecha 7 de junio de 2010, la Xefatura Territorial DE CONSELLERÍA DE CULTURA Y TURISMO DE LA XUNTA, informa que las tan controvertidas obras suponen una alteración grave del entorno del Parque Rosalia de Castro y además carecen de autorización de la Consellería de cultura

Por si fuera poco, obra en autos una sentencia, conocida tanto por la promotora como por el Ayuntamiento de Lugo, al haber sido partes en el proceso, dictada por el juzgado de lo contencioso administrativo 1 de Lugo en fecha 16 de septiembre de 2009 que acoge igualmente la anterior solución al decretar la nulidad del acuerdo de la junta de gobierno local del ayuntamiento de Lugo de fecha 14 de febrero de 2007 que desestima el escrito presentado por el representante de la ASOCIACION CULTURAL EN LA DEFENSA DEL PARQUE ROSALIA DE CASTRO y aprueba definitivamente el PROYECTO DE URBANIZACION DE LA UNIDAD DE ACTUACION CS-5 redactado por el ARQUITECTO D CELSO RODRIGUEZ ESTEVEZ con un presupuesto total de ejecución por contrata de 450037,54 euros de conformidad con las determinaciones contenidas en los informes de los servicios de parques y jardines, electromecánicos e industriales, ingeniería, arqueología y arquitectura de 10, 13, 23, 31 de octubre y 18 de noviembre de 2006, respectivamente, que figuran en el expediente, determinaciones que deberán ser cumplidas por el interesado durante la ejecución del acto recurrido por ser contrario a DERECHO ordenando la retroacción del expediente al momento en el que debió de evacuarse el informe emitido

Parte la sentencia en su fundamentación de la necesidad de recabar con carácter previo a la aprobación del proyecto

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIAADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

de urbanización y concesión de licencia urbanística los preceptivos informes de la COMISION TERRITORIAL DE PATRIMONIO HISTORICO DE LUGO . No solo eso sino que en la sentencia se afirma lo siguiente " se comparte el criterio sostenido por la CONSELLERÍA DE CULTURA Y DEPORTE cuando con fecha 26 de junio de 2007 acuerda instar al CONCELLO DE LUGO la paralización cautelar e inmediata de las actuaciones realizadas en los solares contiguos a las cuestas del parque de ROSALIA DE CASTRO y que pudieran afectar al ENTORNO DEL SANATORIO PORTELA Y A LAS TERMAS ROMANAS incluidas en el inventario general del patrimonio cultural de GALICIA al no constar la emisión del informe de la COMISION TERRITORIAL DE PATRIMONIO HISTORICO DE LUGO "

Por tal motivo, el Concello de LUGO, lo que debería de haber hecho inmediatamente , conforme le ordena , expresamente, el artículo 209 de la LOUGA, es actuar de oficio y ordenar la paralización cautelar e inmediata de las obras y cuantas demás medidas se consideraran necesarias para reponer la legalidad . Pero no solo no lo hizo sino que según parece, permitió la transgresión de dicha legalidad, al consentir , siquiera tácitamente, la continuación de las obras, ejecutadas sin licencia válida . No pueden aludir al desconocimiento de tales obras , primero porque su misión es velar por el cumplimiento de la normativa urbanística , segundo por las mismas son visibles y están enmarcadas en un entorno publico y conocido y tercero , porque existen numerosas denuncias sobre las ilegalidades supuestamente cometidas interpuestas tanto por vecinos como por la propia asociación que en el mes de mayo de 2010 recabó la visita de la patrulla verde . No consta sin embargo, que el ayuntamiento haya realizado actuación alguna, convirtiéndose en " cómplice " de la anómala situación creada, puesto que obrando contra legem y contrariamente a las resoluciones administrativas y judiciales dictadas , ha permitido la realización y continuación de obras manifiestamente ilegales en la UA CS-5

Tales antecedentes , como hemos visto permiten configurar la posible comisión de un delito contra la ordenación del territorio en la modalidad de delito de prevaricación urbanística prevista en el art 320 del C.P , que determina la responsabilidad de los representantes y técnicos municipales que a sabiendas de su ilegalidad, informaron y aprobaron favorablemente el proyecto DE URBANIZACION DE LA UNIDAD DE ACTUACION CS-5 y licencia urbanística y están permitiendo , la ejecución de las edificaciones de la UA CS-5 causando con tal proceder graves e irreparables perjuicios al interés publico , en beneficio de los intereses particulares , al tiempo que afecta de forma importante a bienes protegidos del Patrimonio cultural de Galicia .

Pero no solo eso, también podríamos hablar de un delito de omisión del deber de perseguir delitos, dada la completa inacción de la administración pública municipal al permitir la continuación de las obras, no obstante la profusa normativa, informes y denuncias existentes, que les hubieran exigido la adopción de medidas cautelares inmediatas.

Fácil es comprender la importancia que tienen las administraciones locales en la evitación y persecución de los delitos contra la ordenación del territorio. Por el contrario, una "tolerancia" mal entendida es lo que ha propiciado que la persecución de determinadas conductas, aceptadas incluso socialmente, entre las que se encuentran las infracciones y corruptelas urbanísticas, no se encuentre entre las prioridades de los entes y administraciones públicas.

Pese a ello, esta inacción entra en el tipo penal del art. 408 CP cuyo tenor literal es el siguiente: "La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años". Como vemos el sujeto activo de este delito es una autoridad o funcionario público, pero además se exige un plus consistente en que dicho sujeto tenga legalmente atribuida la persecución de delitos.

En el caso de los Alcaldes, ya la legislación local les encomendaba de forma implícita la persecución de delitos. Así la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local establecía entre las competencias del alcalde (art 21) la jefatura de la policía local. En otro apartado de ese mismo precepto le encomendaba singularmente el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa del ayuntamiento en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno, en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación. Si acudimos al art. 25 de esta Ley observaremos que el municipio tiene competencia en un amplio abanico de materias entre las que se encuentran las de seguridad y disciplina urbanística. Por tanto es claro que los alcaldes son autoridades llamados a perseguir los delitos contra la ordenación del territorio. Pero es más, la legislación urbanística hace recaer en el Alcalde la obligación de velar por la correcta ordenación de su territorio. Y no solo eso, sino que bien el Alcalde o bien, el concejal delegado están obligado a perseguir los delitos contra la ordenación del territorio de suerte que abierto un expediente sancionador, deberían dar traslado del mismo al Fiscal si apreciaran delito o falta.


 ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA
ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Y como acabamos de ver, el Artículo 209 de la LOUGA, dispone que " 1. Cuando se estuvieren ejecutando obras sin licencia u orden de ejecución (lo que pudiera constituir un delito contra la ordenación del territorio) o sin ajustarse a las condiciones señaladas en las mismas, el alcalde dispondrá la suspensión inmediata de dichos actos y procederá a incoar el expediente de reposición de la legalidad, comunicándoselo al interesado."

En este caso concreto, a la vista de lo anteriormente reseñado es obvio que el Ayuntamiento no puede alegar desconocimiento o ignorancia, porque no solo tenían conocimiento de las infracciones urbanísticas apreciadas tanto por organismos administrativos como judiciales, sino que a través de las numerosas denuncias y escritos presentados por la Asociación de Defensa del Parque tenían también conocimiento de las posibles infracciones cometidas por la constructora . Dichos factores obligaban al ayuntamiento a intervenir, no constando sin embargo, tales intervenciones

Expuesto lo anterior y constatada la posibles existencia de una o varias infracciones penales (fumus boni iuris) se aprecia igualmente el otro presupuesto que exigen las medidas cautelares : periculum in mora , ya que el transcurso del tiempo no solo puede propiciar que se sigan ocasionando daños y perjuicios al interés general sino que el día de mañana puede llegar a hacer absolutamente inviable una eventual sentencia condenatoria en el ámbito penal o administrativo y una eventual orden de demolición

Por tal motivo, y como se ha solicitado procede acordar el cese de la actividad perturbadora, mediante la paralización cautelar e inmediata de todas las obras que se estén ejecutando y realizando en la Unidad de Actuación CS 5 ; en aras a evitar mayores daños y perjuicios de los ya causados al interés publico

Asimismo, a fin de garantizar la paralización ordenada, se adoptaran las siguientes cauteladas:

1.- Por la unidad actuante, deberá levantarse acta de inspección ocular debidamente detallada y descriptiva, del estado de las obras, que quedará debidamente constatado mediante la realización de reportaje fotográfico y audiovisual

2.- asimismo, se procederá al precinto de las obras, instalaciones y elementos auxiliares , permitiéndose tan solo, adoptar las medidas que sean imprescindibles para garantizar la seguridad de las mismas, y evitar daños personales , propios o de terceros o en los bienes .



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

3.- Igualmente para controlar que efectivamente se paralizan las obras, se procederá a ordenar el corte de suministro de luz, agua y gas, librando oficio a las correspondientes empresas suministradoras y se ordenará la retirada de los materiales preparados para ser utilizados en la obra y la maquinaria afecta a la misma.

4.- La resolución se notificará al legal representante de la empresa promotora y constructora. Independientemente de llevar a cabo dicha notificación, la orden de paralización se notificará in situ al representante de tales mercantiles y al encargado de la obra y si no estuviera, a la persona responsable.

5.- Adviertase igualmente al representante legal y encargado de las empresas promotoras y constructoras que en caso de incumplimiento de las anteriores medidas, podrán incurrir en un delito de desobediencia sin perjuicio de las medidas de naturaleza personal que puedan adoptarse, como la detención.

Con ser esta medida necesaria han de adoptarse otras medidas que permitan restaurar el patrimonio indebidamente sustraído y en su caso evitar la producción de otros perjuicios. Tales medidas son las siguientes:

1.- Anotación preventiva de la existencia de esta denuncia en el Registro de la Propiedad, en base al artículo 42 de la ley hipotecaria, para evitar eventuales perjuicios a terceros de buena fe.

2.- Afianzamiento económico para garantizar la demolición, en caso de se acuerde la misma. Y es que en caso de prosperar la denuncia o las demandas contencioso administrativos presentadas por la entidad denunciante, sólo con la demolición que en su día pudiera acordarse podría llevarse a cabo la verdadera restauración del orden quebrantado por el delito, por lo que ha de requerirse la prestación de una fianza que permita asegurar tales obras. Ahora bien, dado que no consta en la causa un informe que permita cuantificar tales perjuicios, se precisara la emisión del pertinente informe pericial, cuya elaboración se encomienda al Equipo de Delitos urbanísticos de la Guardia civil. Mientras se elabora, dese traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que puedan hacer las alegaciones oportunas sobre este particular o en su caso presentar los informes oportunos.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación:

DISPONGO:

A) Que ESTIMANDO LA PETICION INSTADA por la Procuradora Sra Oliva Acuña en nombre y representación de la ASOCIACION CULTURAL NA DEFENSA DEL PARQUE DE ROSALIA DE CASTRO, a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal, procede acordar la paralización cautelar e inmediata de todas las obras de urbanización y edificación que se estén ejecutando y realizando en la Unidad de Actuación CS 5

Librese oficio a la POLICIA AUTONOMICA para que cumplan lo ordenado, y procedan a hacer efectiva dicha orden de paralización, de acuerdo con las siguientes prevenciones:

1.- Por la unidad actuante, deberá levantarse acta de inspección ocular debidamente detallada y descriptiva, del estado de las obras, que quedará debidamente constatado mediante la realización de reportaje fotográfico y audiovisual

2.-asimismo, se procederá al precinto de las obras, instalaciones y elementos auxiliares, permitiéndose tan solo, adoptar las medidas que sean imprescindibles para garantizar la seguridad de las mismas, y evitar daños personales, propios o de terceros o en los bienes.

3.- Igualmente para controlar que efectivamente se paralizan las obras, se procederá a ordenar el corte de suministro de luz, agua y gas. Librese a tal fin oficio a las correspondientes empresas suministradoras.

4.- Se procederá a la retirada de los materiales preparados para ser utilizados en la obra y la maquinaria afecta a la misma

5.- La resolución se notificará al legal representante de la empresa promotora y constructora. Independientemente de llevar a cabo dicha notificación, la orden de paralización se notificará in situ al representante de tales mercantiles y al encargado de la obra y si no estuviera, a la persona responsable.

6.- Adviértase igualmente al representante legal y encargado de las empresas promotoras y constructoras que en caso de incumplimiento de las anteriores medidas, podrán incurrir en un delito de desobediencia sin perjuicio de las medidas de naturaleza personal que puedan adoptarse, como la detención

B.- procédase a realizar la anotación preventiva de la existencia de la denuncia interpuesta en el Registro de la Propiedad

C-procede asegurar las eventuales responsabilidades que puedan derivarse en caso de una eventual orden de demolición de las obras, a cuyo efecto, librese oficio al Equipo de

Delitos Urbanísticos de la Guardia civil a fin de que emitan informe sobre el coste que pueda suponer dicha tarea. AL mismo tiempo, dese traslado Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que puedan hacer las alegaciones oportunas sobre este particular o en su caso presentar los informes oportunos

Asimismo, librese oficio al Ayuntamiento ,dirigido al Excmo. Sr Alcalde para comunicarle la medida de paralización cautelar e inmediata adoptada , y a fin de que vele por su cumplimiento

Librese igualmente oficio a todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con competencia en materia de urbanismo para que periódicamente realicen visitas de control a las obras y verifiquen que la orden de paralización cautelar e inmediata de la obra se cumple adoptando, en caso contrario, cuantas medidas sean necesarias para su buen cumplimiento

Notifiquese la presente resolución judicial a las partes y al Ministerio Fiscal , haciendoles saber que la misma no es firme y que contra ella procede la interposición de recurso de reforma y apelacion o bien directamente de apelacion.

Así lo acuerda, manda y firma D. MARÍA DEL PILAR DE LARA CIFUENTES, MAGISTRADO-JUEZ del 001 de LUGO y su partido.- DOY FE.

