

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES

SECCIÓN SEGUNDA

SENTENCIA

=====

Presidente

Juan Catany Mut

Magistrados

Juan Pedro Yllanes Suárez

Diego Gómez- Reino Delgado

=====

Palma de Mallorca, veintitrés de mayo de 2008

Vistas por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, en juicio oral y público, las presentes actuaciones, rollo de esta Sala num. 76/07, que dimanán del procedimiento abreviado número 3501/06, seguido ante el Juzgado de Instrucción número 12 de Palma de Mallorca, incoadas por sendos delitos de falsedad en documento oficial, prevaricación administrativa y contra la ordenación del territorio contra Eugenio Hidalgo Garcés, nacido en Zalamea de la Serena el 25 de febrero de 1950, con documento de identidad 36.407.784 Y, defendido por el letrado D. Rafael Perera Mesquida, Jaime Massot Sureda, nacido en Palma de Mallorca el 26 de marzo de 1945, con documento de identidad 41.357.059 T, defendido por el letrado D. Miguel Capellá Moiá, José Ignacio Mir Buades, nacido en Palma de Mallorca el 24

de marzo de 1969, con documento de identidad 43.034.666 X y defendido por el letrado D. José Zaforteza Fortuny, y contra Jaime Mateo Gibert Fuster, nacido en Palma de Mallorca el 11 de mayo de 1955, con documento de identidad 42.957.691 Q, defendido por el letrado D. Juan Luis Matas Pons, habiendo intervenido como acusación pública el Ministerio Fiscal y como acusadores particulares y populares el Ayuntamiento de Andratx y Juan Ensenyat Adrover e Isabel Alemany Moya, defendidos, respectivamente, por los letrados Dña. Isabel Fluxá Haro y D. Miguel Borrás Rodríguez.

Ha sido designado ponente el Magistrado Juan Pedro Yllanes Suárez, quien expresa el parecer de este Tribunal

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO. Las presentes actuaciones tienen su origen en las diligencias previas incoadas en el Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma iniciadas por denuncia de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de fecha 5 de julio de 2006.

SEGUNDO. Tramitado el procedimiento por los cauces legalmente previstos por el Juzgado instructor en averiguación de las circunstancias fundamentales de los hechos imputados y de las personas responsables de los mismos, se dio traslado de las diligencias al Ministerio Fiscal y a las acusaciones particulares formulando el primero escrito de acusación en fecha 6 de septiembre de 2007 contra Eugenio Hidalgo Garcés, Jaime Massot Sureda, José Ignacio Mir Buades y Jaime Mateo Gibert Fuster como presuntos autores de sendos delitos de falsedad en documento oficial, previsto y penado en el artículo 390.1.4º, de dos delitos de prevaricación urbanística del artículo 320.1 y de un delito contra la ordenación del territorio, del artículo 319.1, todos del Código Penal, solicitando para Eugenio Hidalgo Garcés las penas de 5 años de prisión, multa de veinte meses, con cuota diaria de cien euros e inhabilitación especial para cargo o función pública por tiempo de seis años, por el

primer delito, las penas de dos años de prisión, e inhabilitación especial para cargo o función pública por tiempo de diez años, por cada delito de prevaricación, y la de tres años de prisión, multa de veinte meses con cuota diaria de cien euros e inhabilitación para promoción o construcción urbanística por tiempo de tres años, si bien, por aplicación de la regla del artículo 77 del Código Penal, las penas se reducían a seis años de prisión, multa de veinte meses, con cuota diaria de cien euros e inhabilitación especial para cargo o función pública por tiempo de seis años; para Jaime Massot Sureda, la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para cargo o función pública por tiempo de diez años por el delito de prevaricación; a José Ignacio Mir Buades la pena de un año de prisión e inhabilitación para cargo o función pública por tiempo de diez años, por el delito de prevaricación y a Jaime Gibert Fuster las penas de seis años de prisión, multa de veinte meses con cuota diaria de cien euros e inhabilitación especial para cargo o función pública por tiempo de seis años, por el primer delito y las de tres años de prisión, multa de veinte meses, con una cuota diaria de cien euros, e inhabilitación para promoción o construcción urbanística por tiempo de tres años por el delito contra la ordenación del territorio, si bien, por aplicación de la regla del artículo 77 del Código Penal, las penas se reducían a seis años de prisión, multa de veinte meses, con cuota diaria de cien euros e inhabilitación especial para cargo o función pública por tiempo de seis años.

Las acusaciones particulares personadas calificaron los hechos en el mismo sentido que el Ministerio Fiscal solicitando las penas legalmente previstas si bien con diferente duración temporal tanto para las penas privativas de libertad como para las penas privativas de derechos. En los tres escritos de acusación presentados se reclamaba la demolición de lo construido.

TERCERO. Trasladas las actuaciones a las defensas se presentaron escritos de conclusiones en fechas 15, 16, 21 y 30 de noviembre de 2007 solicitando la libre absolución de los acusados de todos los cargos formulados en su contra.

CUARTO. Turnada la causa a esta Sección se ha celebrado la vista con la comparecencia de las partes, practicándose como pruebas la declaración de los acusados y la testifical de Gabriel Cañellas Fuster, funcionarios de la Guardia Civil con carnés I742535, A313402, F26662W, Isabel Alemany, María Cinta Moya, Ana María Abarca, Pau Vidal, Ángela Hernández, agente de la Guardia Civil con carné H76679S, Juan Ensenyat, pericial de Rafael Munar Barceló, Rafael Balaguer Galmés, Jaume Munar Fullana y Miguel Fiol Moragues, más la documental admitida, con el resultado que se refleja en el acta de juicio. El Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones, a las que se adhirieron ambas acusaciones, calificando los hechos como constitutivos de sendos delitos de prevaricación administrativa y contra la ordenación del territorio, solicitando, para Eugenio Hidalgo, las penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para cargo o función pública por tiempo de diez años, por la prevaricación y las de tres años de prisión, multa de veinte meses con cuota diaria de cien euros e inhabilitación especial para la promoción o construcción por tiempo de tres años, por el delito contra la ordenación del territorio; para Jaime Massot, las penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para cargo o función pública por tiempo de diez años, por la prevaricación y las de dos años de prisión, multa de veinte meses con cuota diaria de cien euros e inhabilitación especial para la promoción o construcción por tiempo de tres años, por el delito contra la ordenación del territorio, para Jaime Gibert, la de cuatro meses de prisión, con cuota diaria de diez euros e inhabilitación especial para la promoción o construcción por tiempo de dieciocho meses, manteniendo las solicitadas para José Ignacio Mir. Las defensas elevaron sus conclusiones a definitivas, informando a continuación las partes en apoyo de sus respectivas pretensiones.

HECHOS PROBADOS

En fecha 6 de agosto de 2002, el acusado Eugenio Hidalgo Garcés, adquirió en escritura pública de la misma fecha, la tierra de huerto llamada Hort d'abaix o S'hort

sita en el pago de Son Moner, parcela 67 del polígono 7, en el término municipal de Andratx, con una superficie de 3.930,93 m², por un precio de treinta mil cincuenta euros con sesenta y un céntimos (30.050.61 €), con la finalidad de construir en la misma una vivienda unifamiliar, pese a que cuando adquirió la parcela tenía perfecto conocimiento de que la misma se hallaba en suelo rústico protegido, estando calificado el mismo como ARIP (Área Rural de Interés Paisajístico).

En fecha no precisada anterior al mes de enero de 2003, y para llevar a cabo la edificación que tenía previsto levantar, contacta con el acusado Jaime Massot Sureda, en aquellas fechas jefe del Área de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx, a quien le manifiesta su intención de construir una vivienda unifamiliar y le pide consejo sobre el procedimiento a seguir. Una semana después de efectuada la consulta Jaime Massot le comunicó a Eugenio Hidalgo que presentara un proyecto de ampliación de almacén agrícola, a la vez que le recomendaba para su confección al ingeniero agrónomo Gabriel Cañellas Rotger. En el mes de enero de 2003 dicho profesional cumplió el encargo, haciendo constar en el texto cuales eran las edificaciones preexistentes, la necesidad de recabar informe de la Conselleria de Agricultura para el edificio de nueva planta, y adjuntando una memoria agrícola en la que se precisaba que la parcela estaba destinada al cultivo de naranjos, hortalizas, legumbres y vegetales y tenía unas dependencias ganaderas en las que se guardaban gallinas y otras aves. En la memoria se añadía que, debido al incremento de la explotación, surgía la necesidad de construir un almacén adyacente a la caseta de herramientas existente para guardar la maquinaria y almacenar el alimento del ganado, material para realizar la cosecha e incluso la propia cosecha hasta el momento de llevarla al mercado, reservando la caseta de aperos para guardar pequeño material. Con el proyecto en su poder, el 14 de febrero de 2003 Eugenio Hidalgo Garcés, que era en esa fecha alcalde presidente del Ayuntamiento de Andratx y que nunca se había dedicado ni tenía intención de dedicarse a tarea agrícola alguna, presentó una solicitud de licencia urbanística para la ampliación de un almacén agrícola en la parcela 67 del polígono 7 del catastro de rústica del municipio citado. El día 5 de mayo de 2003, el acusado Jaime Mateo Gibert Fuster,

celador de obras del ayuntamiento y Jaime Massot, se desplazaron hasta la finca del alcalde, llevando el segundo todo el expediente hasta entonces presentado, realizando Gibert una fotografía en la que se reflejaban una alberca y una pequeña construcción, y elaborando un informe en el que se hacía constar, a indicación de Massot, que el almacén agrícola objeto de la ampliación tenía una antigüedad superior a los cincuenta años. Al día siguiente, Jaime Massot, como jefe del Área de Urbanismo, Medio Ambiente y Contratación del Ayuntamiento de Andratx, informó favorablemente la concesión de la licencia, pese a saber por su amistad con Eugenio Hidalgo que la finca no iba a ser destinada a uso agrario, dejando en blanco el uso a que se destinaba el terreno y los parámetros de altura, volumen y ocupación máximas permitidas en la parcela y haciendo expresa remisión, mediante un asterisco colocado junto a la palabra "favorable", al artículo 20.2 de la Ley 6/1997, del Suelo Rústico de las Islas Baleares. El mismo día 6 de mayo de 2003, el letrado asesor del ayuntamiento, el acusado José Ignacio Mir Buades, pese a recoger en su informe jurídico que tales parámetros debían aparecer consignados, informó favorablemente la concesión de la licencia, aunque no se había solicitado el informe preceptivo a la Consellería de Agricultura, reflejando en el texto que no resultaba necesario el acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo de conformidad con el artículo 20.2 de la Ley del Suelo Rústico de las Islas Baleares, al que Massot hacía alusión en su informe. La Comisión de Gobierno de la Corporación Municipal acordó que se otorgara la licencia de obras mayores, sin que se en el acuerdo se reflejaran los máximos de altura, volumen y ocupación, datos que tampoco aparecían especificados en la licencia urbanística concedida el día 23 de mayo de 2003.

Obtenida la documentación precisa para llevar su plan adelante Eugenio Hidalgo Garcés, en lugar de construir el almacén agrícola proyectado por el ingeniero agrónomo y prescindiendo de la dirección técnica de este, encargó a un delineante no identificado la construcción de un edificio que tenía como principales características ser una vivienda unifamiliar aislada de 129,39 metros cuadrados de superficie total, con una altura bajo cornisa de 4,33 metros, con dos porches de 10,43 y 8,80 m², disponiendo de una planta baja en la que se situaban una sala de

estar, comedor, cocina y dos dependencias anexas, una de baño completo y un dormitorio doble, habiéndose asfaltado los caminos interiores de la finca. Desde la sala de estar nace una escalera con tres tramos de barandilla que conduce a un altillo de 40 m². La edificación dispone de instalación eléctrica y de fontanería empotradas, telefonía y televisión, contando con dos antenas parabólicas y una barbacoa. El acusado Hidalgo empleaba el inmueble para encuentros con familiares y amigos e invitó a las comidas que organizaba a quienes compartían con él tareas de gobierno en el Ayuntamiento de Andratx. En una de estas reuniones Eugenio Hidalgo le manifestó a Isabel Alemany que había recibido el permiso de agricultura a cambio de repartir propaganda electoral del Partit Socialista de Mallorca (PSM).

En fecha 10 de septiembre de 2005, en las dependencias de la Policía Local de Andratx se recibió denuncia verbal de que se estaban ejecutando obras de cerramiento de la propiedad del alcalde de la citada localidad, mediante la instalación de pared y alambrada, trabajos que se llevaban a cabo sin haber tramitado la oportuna licencia, denuncia que originó que por la regidora Ana María Porcel Vera se solicitara, el día 21 de septiembre de 2005, que se emitiera certificación de que la obra realizada se adecuaba al proyecto presentado, petición que se reiteró diecinueve días después, el 10 de octubre del mismo año. En cumplimiento de lo solicitado por la concejal, el celador municipal de obras, Jaime Gibert acudió a la parcela el día 13 de octubre elaborando un informe incompleto en el que se reflejaba que la superficie construida era de 58,62 m², y que se habían efectuado unas divisiones interiores y un cuarto higiénico - expresión esta que incluyó por consejo de Jaime Massot - un altillo y dos porches exteriores, dejando de incluir en el documento multitud de otras obras efectuadas y sin hacer mención alguna al mobiliario e instalaciones que tenía el chalet.

En fecha 20 de octubre de 2005 el celador referido realizó un acta de denuncia incompleta en la que se hizo constar que se habían realizado obras consistentes en construcción de divisiones interiores, cuarto higiénico, construcción de bancada en obra con armarios parte inferior, construcción de altillo de una superficie de 30 metros cuadrados con una altura libre de techo de 1,40 metros y construcción de dos porches exteriores de una superficie de 30m² y 12m² sin licencia. Partiendo de

dicha denuncia se incoó expediente sancionador por infracción urbanística, designándose por decreto número 43/06 de fecha 16 de enero, instructora de los expedientes de disciplina urbanística a Ana María Abarca Castro y secretaria de los mismos a Ángela Hernández Rodríguez. En el expediente se incluían un acta de inspección de la vivienda realizada el día 21 de octubre de 2005 por funcionarios adscritos al Consell Insular de Mallorca, informe de valoración elaborado por la arquitecto técnico Cinta Moya Velasco, propuesta de resolución del expediente sancionador, notificación de dicha propuesta y propuesta de demolición firmada por Pau Vidal, quien había sido designado instructor mientras que Ana María Abarca permaneciera de baja maternal. Igualmente, en fecha no determinada pero en cualquier caso anterior al 30 de junio de 2006, Ángela Hernández, funcionaria destinada en el departamento de disciplina urbanística del ayuntamiento y persona de absoluta confianza de Jaime Massot, incluyó en el expediente, por indicación de este, una propuesta de incoación de expediente sancionador de fecha 1 de diciembre de 2005, firmada por Cinta en la que se pedía la designación de ella misma como instructora, incluyéndose igualmente el inicio del expediente sancionador, el decreto 1652/05 y la correspondiente notificación, documentos firmados por el alcalde accidental Jaume Porsell y por la secretaria del Ayuntamiento Ana María Abarca, designándose en los dos primeros documentos a Cinta Moya como instructora del expediente. En fecha 30 de junio de 2006, Eugenio Hidalgo solicitó que se declarara la nulidad del expediente sancionador al haber efectuado la instructora la valoración de las obras objeto de la infracción. Finalmente, el día 17 de julio de 2006, Ana María, como instructora del expediente acordó la suspensión de su tramitación al haberse incoado las Diligencias Previas 3143/2006 en el Juzgado de Instrucción número 1 de Palma.

Una vez iniciado el procedimiento judicial, en el que Eugenio Hidalgo se personó el 18 de julio de 2006, entre los días 27 de julio y 18 de octubre de 2006, el acusado citado efectuó diversas alteraciones en el chalet construido, tales como sacar un frigorífico, una cama, un armario, una encimera, unos cuadros, e introdujo unos bidones con pienso, a la vez que encargaba sacos de avena, cebada y de algarrobas, dejando el inmueble con una notable suciedad, y sacando una baldosa

del suelo de la cocina para instalar un sumidero como los designados en el proyecto elaborado por el ingeniero agrónomo, además de llenar el altillo de paja y de colocar una jaula con pollos en una dependencia de la vivienda que ocultaba los enchufes y la instalación de toma de teléfono y televisión.

El día 16 de noviembre de 2006, Ana María Abarca y Cinta Moya, quienes habían sido propuestas por el Ministerio Fiscal para que comparecieran como testigos en las actuaciones el día 20 de noviembre de 2006, fueron requeridas por el alcalde de Andratx para que acudieran al despacho de su abogado, Rafael Perera, para dirimir una serie de extremos relacionados con el expediente, por lo que Ana María se desplazó al encuentro con el expediente original, que fue devuelto íntegro a las dependencias de urbanismo del ayuntamiento donde era custodiado por Ángela Hernández. Esta, por indicación expresa del acusado Jaime Massot, extrajo del expediente sancionador el acta de denuncia del celador municipal, sustituyéndola por una carátula que ella misma redactó en la que se hacían constar los datos de dicha denuncia, y extrajo el acta de inspección del Consell Insular, el decreto de nombramiento de Ana María Abarca como instructora y de ella misma como secretaria de los expedientes de disciplina urbanística y la propuesta de demolición firmada por Pau Vidal. Ana María Abarca añadió, posteriormente y al comprobar que no estaba, al expediente el citado decreto de nombramiento.

En paralelo a dicho trámite y tras un informe de la técnico María Isabel Seguí Capó, se incoó expediente de suspensión de obras nº 30/2005, en fecha 21 de octubre de 2005, en el que se designó a Cinta Moya como instructora y a Ángela Hernández como secretaria, expediente que desapareció del Archivo General del ayuntamiento como se comprobó tras ser reclamado por el Juzgado instructor, al que se remitió incompleto el expediente sancionador.

El acusado Jaime Massot Sureda cesó como Jefe de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx el mes de julio de 2003, al haber sido nombrado Director General de Ordenació del Territori del Govern de les Illes Balears, pese a lo que acudía varias veces al mes a las dependencias municipales y evacuaba cuantas consultas telefónicas se le hacían sobre todos los expedientes de urbanismo del ayuntamiento, tomando decisiones y ordenando diligencias de procedimiento, efectuando un

seguimiento personal de los expedientes incoados al alcalde Eugenio Hidalgo por la construcción de la vivienda unifamiliar aislada en la parcela de su propiedad.

Conocedor de los expedientes que se habían iniciado, Eugenio Hidalgo exigió a las funcionarias municipales Cinta Moya y Ana María Abarca que procedieran a reabrir expedientes sancionadores incoados a regidores de la oposición municipal o a algunos de sus familiares, aunque fue avisado de que habían prescrito o caducado, así como otros a residentes extranjeros en Andratx, decisión que comunicó a Jaime Massot, quien no advirtió a Hidalgo de la irregularidad de su proceder

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de prevaricación administrativa, de informar favorablemente la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, y de un delito contra la ordenación del territorio, en la modalidad de llevar a cabo una construcción no autorizada en un lugar con valor paisajístico reconocido administrativamente, previstos y penados, respectivamente, en los artículos 320, en relación con el 404 y 319.1 del Código Penal.

Todas las conductas a las que a continuación aludiremos, que fueron objeto de investigación en la fase de instrucción y de enjuiciamiento en las largas sesiones de la vista oral, están estrechamente relacionadas y el orden en que se han descrito al iniciar el fundamento solo pretende lograr la mayor claridad expositiva posible y seguir el orden cronológico con el que se sucedieron los hechos referidos a la construcción por parte del alcalde de Andratx, el acusado Eugenio Hidalgo Garcés, de una vivienda unifamiliar aislada de más de 129 metros cuadrados en el predio de Son Moner, en la parcela 67 del polígono 7 del catastro rural del municipio en el que ejercía su tarea presidiendo la corporación municipal.

Todo parte, tal y como se ha reflejado en el relato fáctico, de la compra por parte de Eugenio, en el verano de 2002, de un terreno de 3.930 metros cuadrados en zona rural sometida a especial protección y situada a escasos metros de las primeras edificaciones de la localidad a la que tantas veces nos habremos de referir. El precio satisfecho, recogido en el instrumento público otorgado al efecto, fue de 30.050 euros, lo que nos sitúa, y no se trata de un detalle menor, ante un precio por metro cuadrado de poco más de 7,64 euros, lo que no le ocultaba al alcalde que las posibilidades de la finca para construir en la misma eran si no nulas, muy limitadas, y que el único destino de tan económica parcela, el precio es ridículo en el término municipal de Andratx, plagado de urbanizaciones y edificios aislados de lujo, no podía ser otro que destinarlo a un uso agrícola y respetando las edificaciones existentes en la parcela, que remitían - un pozo, una alberca unas cuadras y una caseta de aperos - a ese destino agrícola o ganadero. De las propias manifestaciones de Eugenio Hidalgo se desprende que no tenía la menor intención de dedicarse a tareas agrícolas, ni siquiera a lo que Jaime Massot calificó de “agricultura de ocio”, y la inexplicable transformación a la que aludió en el plenario de almacén agrícola en chalet destinado al ocio y al esparcimiento, no fue sino el hito final del plan preconcebido por el que el alcalde de la localidad se iba a construir una vivienda unifamiliar aislada en una parcela en la que no podía hacerlo, modificando el uso a que estaba destinada la finca, en la absoluta certeza de que nada ni nadie se iba a oponer a su conducta. Es en este estado de cosas cuando, transcurrido un tiempo prudencial desde la compra, nos situamos a finales del año 2002 o los primeros días del año 2003, Eugenio acude a quien mejor puede asesorarle sobre como lograr su propósito, y no presenta un proyecto de transformación elaborado por un técnico, sino que consulta con quien es en ese momento el Jefe del Área de urbanismo del ayuntamiento, el también acusado Jaime Massot y le consulta que es lo que puede hacer en el terreno de su propiedad, tardando en recibir la respuesta una semana, tal y como declaró en el acto del plenario.

Jaime Massot y Eugenio Hidalgo son viejos conocidos y mantienen una relación de amistad, esencialmente desde que, desde el mes de julio de 1999, el segundo citado tiene delegada el Área de urbanismo, obras municipales y mantenimiento del ayuntamiento de Andratx, y que continúa después del 13 de abril de 2002, fecha en la que accede al cargo de alcalde presidente, tal y como se desprende de la documental aportada por el citado Ayuntamiento, unida al acta del plenario, de fecha 14 de diciembre de 2007. Si acudimos a las conversaciones telefónicas que se escucharon en el plenario y cuya íntegra transcripción se entregó a las defensas, garantizando la plena contradicción, en la señalada con el número 103 hay un intento de cita para quedar a comer, en la numerada como 143 se alude a una comida mantenida por ambos y se realiza una de las múltiples consultas que sobre el asunto de la vivienda se efectuarán a quien ya era Director General de Ordenació del Territori del Govern de les Illes Balears y, como luego tendremos oportunidad de ampliar, seguía controlando, presencialmente y a distancia, todo el urbanismo del municipio de Andratx, mientras que en la mantenida por Hidalgo con su letrado, Rafael Perera, aquel no tiene ningún obstáculo para concertar una entrevista con Massot y el abogado, y a desarrollarla en el despacho profesional de este.

Es esa relación de amistad la que nos permite concluir que Massot sabía cuales eran las verdaderas intenciones de Hidalgo para edificar en la parcela y a la semana le da la solución, el proyecto que tiene que presentar es el de ampliación de almacén agrícola y le recomienda un ingeniero agrónomo, Gabriel Cañellas Rotger, para que le elabore el proyecto, en el que tendrá capital importancia que se incluya una memoria agrícola que es una pura falsedad, hasta el punto de que en la misma se recogerá que una de las funciones que ha de desempeñar la nueva nave será tener la cosecha guardada hasta el momento de trasladarla al mercado, lo que casa mal con la intención afirmada por el ex alcalde en el plenario de que, a lo mejor, algún día, le daba por dedicarse a tareas agrícolas. Presentada la solicitud de licencia de obra mayor en febrero de 2003, acompañada de un proyecto que tenía los requisitos que a Jaime Massot le interesaban, y antes de elaborar su informe, el Jefe de Urbanismo acudió a la parcela con todos los documentos aportados por Hidalgo, acompañando al celador municipal, el también acusado Jaime Gibert, al que en la

descripción de la caseta existente en la parcela le indicará que utilice la expresión “almacén agrícola”, instrucción seguida la pie de la letra por Gibert, tal y como reconoció en el plenario y consta al folio 41 de las actuaciones.

SEGUNDO. Sirva todo este necesario preámbulo para llegar a la actuación del acusado Jaime Massot el día 6 de mayo de 2005, en la que elabora informe favorable en concepto de Jefe del Área de Urbanismo, Medio Ambiente y Contratación del Ayuntamiento de Andratx, unido al folio 42 de las actuaciones. Si acudimos a la literalidad del documento observaremos que son tres los conceptos que aparecen en blanco y sin rellenar: el señalado con la letra C, uso a que se destina el suelo; el señalado con la letra D, que son los parámetros de altura, volumen y ocupación de la parcela, vinculados a las normas de urbanismo del planeamiento de carácter máximo y el señalado con la letra F, referente a organismos, elusión esta última que habrá que relacionar, necesariamente, con el informe favorable al que se añade un asterisco, que se explica al pie del documento con la alusión al artículo 20.2 de la Ley de Suelo Rústico de las Islas Baleares. Si acudimos al texto de otra norma, en el artículo 7.6 de la Ley 10/1990 de Disciplina Urbanística se establece que en todo procedimiento de concesión de licencia es preceptiva la emisión de informes técnicos y jurídicos o de legalidad por los servicios municipales correspondientes, y el mismo precepto, en su apartado 9 establece que el acta por el que se concede la licencia deberá de consignar, expresamente, además de cualesquiera otras especificaciones requeridas por las disposiciones vigentes o que el órgano otorgante considere oportuno incluir, los siguientes extremos, finalidad de la actuación y uso a que se destinará y altura, volúmenes y ocupación de parcela permitidos. Jaime Massot evitó hacer mención de tales parámetros en su informe técnico, y tanto en el acuerdo de concesión del permiso como en la licencia finalmente otorgada a Eugenio Hidalgo, se subsana la ausencia de mención del uso a que se destina el terreno, pero permanecen en blanco los parámetros tantas veces mencionados, al haber obviado, de forma consciente y voluntaria, rellenarlos el técnico que emitió el informe favorable. Pudiera pensarse

que se trató de un olvido o que el Jefe de Urbanismo obró como hacía habitualmente, pero tal percepción desaparece cuando, examinados otros expedientes en los que Massot elaboró el informe técnico, en concreto los incorporados a la documental anexa y referidos a las solicitudes de los promotores Florianópolis S.A, José Molero Mendoza y Bartolomé Balaguer Pujol, se comprueba que rellenó escrupulosamente tales apartados.

Resulta igualmente trascendente que se dejara sin cumplimentar el espacio referido a los organismos, que debe interpretarse como que era un requisito que no era necesario cumplir pues no se exigía informe previo de ningún órgano de carácter supramunicipal, y que debe ligarse con la alusión directa al artículo 20.2 de la Ley del Suelo al final del informe, añadido de puño y letra del acusado, cita legal, que ya lo anticipamos, no aparece en los otros expedientes antes mencionados. Mantuvieron en el acto del plenario tanto Jaime Massot como José Ignacio Mir, a cuya conducta aludiremos más adelante, que el precepto que era aplicable al supuesto para el que Eugenio Hidalgo solicitaba licencia era el referido artículo 20.2 de la Ley del Suelo de las Islas Baleares, en cuanto que la ampliación suponía la ejecución de obras en edificaciones e instalaciones existentes y dedicado al uso relacionado con el destino o naturaleza de las fincas, descartando que la actuación que pretendía llevar a cabo el alcalde de Andratx fuera incardinable en los apartados 3 y 4 del mismo artículo, pues ni se trataba de edificación de nueva planta, ni suponía la modificación del uso de la finca adquirida por Eugenio Hidalgo. Sin necesidad de acudir al hito final del proceso urdido por Hidalgo y sustentado y amparado por Massot, la construcción de una espléndida vivienda unifamiliar, tanto la prueba pericial practicada, como la información contenida en el proyecto redactado por el ingeniero agrónomo, como la respuesta del perito aportado por la defensa para tratar de sustentar la interesada teoría de la posibilidad de adaptar lo construido al proyecto, reflejan que era necesario y obligatorio el informe de la Consellería de Agricultura. El dato de que Massot lo sabía, un paso más en su conducta consciente y voluntaria destinada a favorecer los intereses de su amigo el alcalde que le había hecho el encargo, es su curiosa adaptación al proyecto presentado por Gabriel Cañellas, pues mientras que lo reflejado en la memoria

resulta indiscutible y es el dato que sustenta que no se modificara el uso a que estaba destinada la parcela haciendo aplicable el artículo 20.2 ya aludido, el que el ingeniero califique la ampliación de obra de nueva planta y cite que se ha de cumplir el requisito del informe de la administración competente es un producto de la técnica informática “cortar y pegar” y no un elemento expresamente indicado por el experto. En el plenario comparecieron tres expertos, Rafael Balaguer, con una dilatada experiencia como arquitecto municipal en localidades como Calviá, Bunyola o Pollensa, Jaume Munar Fullana, autor del libro *“Régim jurídic urbanístic del Sól Rústic de les Illes Balears”*, constantemente aludido en la práctica de la prueba, y Rafael Munar Barceló, arquitecto propuesto por la defensa de Jaime Massot. Rafael Balaguer, ratificando el informe emitido en fase de instrucción, folios 446 y siguientes de la causa, confirmó su conclusión de que la ampliación no podía ser incluida en lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley del Suelo, aportando un dato extraído de su visita a la finca y es que la caseta de aperos que existía antes de la obra había sido derribada, siendo de aplicación el artículo 34.3 del mismo texto legal, que exige en todo caso informe favorable de la administración competente cuando las actividades comporten actuaciones edificatorias, explicando que las intervenciones a que se refiere el artículo 20. 2 reflejado en el informe favorable de Massot son las que se practican en las edificaciones existentes, lo que no incluye su ampliación, que precisa de informe favorable de la Consellería de Agricultura. Esta misma conclusión fue suscrita por Jaume Munar, con constantes alusiones a su libro, tanto en su informe aportado como documental número 7 por el Ministerio Fiscal en el acto del plenario, como en las explicaciones ofrecidas en el extenso interrogatorio al que le sometieron todas las partes. Ambos peritos, aunque en trámite de informes se les tratará de excluir de tal condición, vieron reforzada su versión por el informe emitido por la Consellería d’Agricultura i Pesca del Govern de les Illes Balears, folios 575 y siguientes de la causa, cuando reflejó, apartado 3, que es criterio indiscutido de dicha administración la exigencia de informar para cualquier actuación edificatoria, lo que incluye una ampliación de almacén agrícola. De tan indiscutible y claro criterio se apartó el arquitecto propuesto por la defensa de Massot, que suscribió la aplicabilidad a la licencia otorgada a Hidalgo del artículo 20.2 y la no necesidad del

informe previo, si bien, si acudimos a su dictamen, aportado en el acto de la vista oral, resulta fácil apreciar que cuando se pronuncia sobre la cuestión de determinar la necesidad añade, como argumento de fuerza, un párrafo del libro de Jaume Munar, si bien este especificó que su conclusión es bien otra, si se siguen leyendo los dos párrafos siguientes al mencionado, lo que no hizo Rafael Munar que respondió en el juicio que el solo se había leído el párrafo que le interesaba.

TERCERO. Hemos aludido en varias ocasiones en el anterior fundamento a la insistente remisión que tanto el técnico como el jurídico que informaron favorablemente la concesión de la licencia pretendida por Hidalgo hicieron al artículo 20.2 de la Ley de Suelo Rústico y las poderosas razones derivadas de la prueba pericial y de las opiniones del Consell Insular de Mallorca y del ingeniero que hizo el proyecto para concluir que el informe previo de la Consellería de Agricultura era obligatorio e imprescindible, cobrando pleno sentido la decisión de Jaime Massot de no recabar el citado informe cuando se examina el Decreto 147/2002, de 13 de diciembre, de la Consellería d'Agricultura i Pesca, por el que se desarrolla la Ley del Suelo Rústico de las Islas Baleares en relación con las actividades vinculadas con el destino y naturaleza de las fincas y el régimen de unidades mínimas de cultivo, que en su artículo 5 prevé que el informe a que se refiere el artículo 34.3 de la tan mencionada ley, de indiscutible obligatoriedad en el expediente de Eugenio Hidalgo solo será favorable si se dan tres condiciones generales, cuales son que la explotación agrícola, ganadera o forestal ocupe, al menos, media UTH (unidad-trabajo-hombre), entendiendo esta como la cantidad de trabajo que un trabajador activo agrícola desarrolla durante 1920 horas al año, que la tipología de la edificación sea adecuada al uso agrario y que la parcela donde quiera edificarse tenga una superficie mínima de 2 cuarteradas (14.206 m²), de las que en el caso en cuestión, no se cumplen dos de ellas, la primera y la tercera, y la segunda solo formalmente por la apariencia recogida en el proyecto, aunque el almacén ampliado que se proyectaba no era adecuado a la actividad de cultivo de frutales de la

parcela, actividad o uso recogido en la ficha catastral unida al folio 8 de la causa.

Además, en el artículo 8 del meritado Decreto se regula la unidad mínima de cultivo, que en el caso de aprovechamiento de regadío, a lo que se suponía iba a dedicarlo el alcalde sin modificar su uso, en la isla de Mallorca es de media hectárea ó 0,7 cuarteradas, superficie superior a la del terreno de Hidalgo. Añadamos que en las Normas subsidiarias y complementarias de Andratx, aprobadas el 22 de febrero de 1989, y vigentes en la fecha en que se solicitó e informó favorablemente la licencia, el predio de Son Moner se hallaba en una zona de protección D, en la que se permitían obras necesarias para la explotación agrícola o forestal de la finca, previo informe favorable de la Consellería de Agricultura y Pesca. Sea la conclusión a todo lo expuesto que Eugenio Hidalgo puso en conocimiento de Jaime Massot cual era su intención y con su petición indujo al Jefe de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx a informar favorablemente la licencia solicitada, dejando este en blanco apartados que era necesario rellenar y obviando el informe preceptivo de la Consellería de Agricultura, no por olvido o interpretación equivocada de los preceptos aplicables, sino sabiendo que si se pedía, el permiso se denegaría por no ajustarse a los requisitos de la ley, conducta especialmente reprochable al ser consciente Massot de que Hidalgo no tenía el menor interés o intención de dedicar la finca a usos agrícolas o ganaderos la finca y de que el procedimiento pasaba por respetar el artículo 34.3 de la Ley del Suelo, pues como de forma adjetiva se afirmaba en el escrito de defensa, folio 1093 de las actuaciones, cuando se trataba de aportar como prueba documental el libro de Jaume Munar ya referido, Jaime Massot siempre siguió en sus actividades administrativas la doctrina de dicho autor, que explicó, en el plenario como el procedimiento pasaba por el artículo 34.3, con exigencia de informe, y no por el artículo 20.2. El Jefe de Urbanismo, aparejador con experiencia en tal materia desde el año 1969 y que pocos meses después de informar fue ascendido a Director General de Ordenación del Territorio del Govern, evitó de forma consciente y voluntaria, sabedor de que entregaba un cheque en blanco para construir en terreno protegido a quien le solicitó que la amparara en su ilegítima pretensión de edificar un chalet en una parcela en la que era ilegal levantarlo, promotor de la obra ilegal que, en uno de los actos de esparcimiento que convocó en

su vivienda de recreo, afirmó a una de las regidoras municipales Isabel Alemany que contaba con el permiso de agricultura, testimonio que la defensa de Jaime Massot calificó de poco creíble, sin explicar las razones, aunque explicó la testigo que añadió el alcalde que lo obtuvo por repartir papeletas del Partit Socialista de Mallorca (PSM), uno de cuyos integrantes, Mateu Morro i Marcé firmó, como Conseller d'Agricultura, el Decreto 147/2002 infringido por la decisión de Massot inspirada por Hidalgo. El Tribunal Supremo en su Sentencia 755/2007, de 25 de septiembre, efectúa un detallado estudio de los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha exigido para que una conducta sea susceptible de ser calificada de delito de prevaricación, con cita de innumerables sentencias, en los términos del artículo 404 del Código Penal, poniendo el acento en 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 resumiendo las exigencias, en el inciso final del fundamento jurídico segundo, destacando que será necesario que se trate de una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo, que sea contraria al derecho, es decir, ilegal, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; que ocasione un resultado materialmente injusto y que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar contra el derecho, requisitos que reúne tanto la descrita conducta de Jaime Massot al dejar en blanco apartados imprescindibles para la adecuación de la licencia a la legalidad vigente y no reclamar un informe preceptivo al conocer que no se iba a autorizar la construcción que el alcalde de Andratx pretendía levantar en terreno rústico protegido, informe que constituía el esencial mecanismo de control sobre si la licencia concedida era ajustada a las prescripciones legales, concediéndole un cheque en blanco que Hidalgo utilizó convenientemente, construyendo una vivienda unifamiliar aislada en un área rural de interés paisajístico con la extensión, altura y volumen que estimó oportunos,

favorecida su tarea por la discrecionalidad y generosidad del Jefe de Urbanismo del Ayuntamiento, elementos que nos sitúan en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 320.1 del Código Penal, en cuanto que se informó favorablemente una licencia que era contraria a cuantas normas urbanísticas eran de aplicación, carácter o condición que también debe darse a la Ley del Suelo Rústico pese a las reticencias manifestadas por algún abogado defensor en el trámite de informe, tras prescindir de trámites procedimentales, atribuidos a la competencia de un órgano superior al ámbito municipal y que, insistimos, se configuraba como el esencial mecanismo de control de la legalidad del acto pretendido.

CUARTO. Múltiples fueron las cuestiones que se fueron planteando en el plenario acerca de la comisión de un delito contra la ordenación del territorio, primero imputado al ex alcalde de Andratx, Eugenio Hidalgo y al celador municipal Jaime Gibert, y más tarde dirigiéndose la acusación, en trámite de conclusiones definitivas, contra el ex Director general de Ordenación del Territorio Jaime Massot. Partiendo de la certeza de que lo que se construyó en la parcela 67 del polígono 7 del catastro de rústica del municipio al que nos venimos refiriendo era una espléndida vivienda unifamiliar - el único que se resistió a afirmarlo no fue el acusado sino el Brigada jefe de puesto de la Guardia Civil en Andratx -, y que su construcción no fue espontánea o casual, sino predeterminada y perfectamente planeada por su promotor, el acusado Hidalgo, afirmamos con rotundidad que tal conducta, la de promover la edificación de un chalet en terreno rústico sujeto a especial protección – ARIP - completó cuantos requisitos la hacen reprochable conforme a lo dispuesto en el artículo 319.1 del Código Penal. Sanciona el precepto, por lo que a nosotros interesa, a los promotores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, concepto que va incluido en la clasificación del lugar en el que se hallaba la finca adquirida por el entonces alcalde de Andratx, pues ARIP no significa otra cosa que Área Rural de Interés Paisajístico. Tal denominación tiene su origen en lo dispuesto en la Ley1/1991, de 30 de enero, de Espacios Naturales y de Régimen Urbanístico

de las Áreas de Especial Protección de las Islas Baleares, que en su artículo 2.1 establece que entre las áreas de especial protección de interés para la Comunidad Autónoma se encuentra la categoría de Área Rural de Interés Paisajístico, que en el número 3 se definen como aquellos espacios transformados mayoritariamente por actividades tradicionales y que, por sus especiales valores paisajísticos, se declaran como tales en esta Ley. Solicitó la defensa letrada de Eugenio Hidalgo, apelando al principio de legalidad, que esta Sección Penal se pronunciara expresamente sobre si la parcela propiedad del acusado era merecedora de tal tutela, pues si la conclusión era la contraria, sería indiscutible que faltaría uno de los esenciales requisitos para el reproche penal que se pretendía, y partiendo de que no corresponde a este Tribunal arrogarse funciones propias del legislador o de la administración, debemos pronunciarnos sobre la forma en que se pretendió privar de valor paisajístico al terreno en cuestión. Se exhibieron en el acto del plenario unas fotografías obtenidas desde uno de los porches del presunto almacén agrícola, en donde se contemplaba un paisaje urbano con presencia de altos y poco estéticos edificios, correspondientes a las urbanizaciones cercanas, respondiendo tanto la regidora Isabel Alemany como el perito propuesto por la defensa que esa y no otra era la perspectiva desde el chalet, aunque si adoptamos el otro punto de vista para contemplar cual es la visión de lo que rodea a aquel nada es más gráfico que lo que se aprecia desde las ventanas del edificio del consistorio, el frondoso pinar que se extiende a muy pocos metros de la vivienda del ex alcalde. En las normas subsidiarias y complementarias de Andratx se habla, en los antecedentes, de que “dado el alto valor paisajístico, ecológico y natural del territorio, recogido en el catálogo de espacios naturales a proteger aprobado por el Govern Balear y remitido al Parlament, se hace imprescindible adoptar medidas excepcionales de protección de aquellos...” y ya en la normativa, en el artículo 3º, se establecen diversos grados de protección, correspondiendo el designado con la letra D a zonas de gran valor paisajístico. La parcela en la que se alza la vivienda de Eugenio Hidalgo se halla enclavada en una zona de protección D, y linda con una amplia zona con grado de protección B, que se define como zona singular de alto valor histórico, monumental, panorámico y con ecosistemas de máxima importancia en las que solo se autorizan

algunas obras muy controladas, tal y como puede apreciarse en uno de los planos que acompaña a dichas normas. No será esta Sección Penal la que enmiende la plana a las autoridades encargadas de definir el nivel de protección del que es merecedor el suelo en el que se asienta el chalet, máxime cuando de toda la documental aportada resulta que la calificación de ARIP no es gratuita sino que tiene amplio e indiscutible sustento. Si acudimos a la doctrina jurisprudencial, valga como ejemplo la STS 363/2006, de 28 de marzo, en su fundamento jurídico noveno se describe cual sea el bien jurídico protegido en los tipos penales comprendidos bajo el epígrafe “Delitos contra la Ordenación del territorio” y señala que es “... 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 (*art.45 y 47 CE*), es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general”. Continúa el fundamento diciendo que” 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”. Si encajamos la conducta de Eugenio Hidalgo en tan contundente doctrina, no resulta difícil concluir que al entonces alcalde de Andratx los interés colectivos no le preocuparon lo más mínimo, siendo su personal y particular satisfacción la que guió su conducta para edificar en suelo rústico protegido y, con la inestimable ayuda de su amigo Massot, sin ningún límite previsto.

QUINTO. Esta Sección de la Audiencia Provincial ya ha tenido oportunidad de deliberar acerca de si resulta predicable, en los tipos a los que se refiere el artículo 319.1 del requisito, contemplado en el número 2º, de que la edificación realizada no sea autorizable, llegando a la conclusión, que resulta reafirmada atendida la doctrina antes relatada, de que el legislador, al tipificar los supuestos de edificación en lugares merecedores de especial protección por los valores que en la disposición se refieren, anticipa la tutela penal de ese interés colectivo, y que en el caso de Mallorca esto resulta reforzado, si cabe, por las especiales condiciones que reúne el territorio que se sitúa en el sustrato de la tutela penal. Así, en la Exposición de Motivos de la ya referida Ley de Espacios Naturales de las Islas Baleares se describe que” La necesidad y urgencia de dotar al patrimonio natural y paisajístico de interés para la comunidad autónoma, de un régimen urbanístico protector que facilite su conservación e impida su degradación, es sentida y reclamada por los ciudadanos de las Islas Baleares, tanto por los valores intrínsecos de este patrimonio como por motivos sociales y económicos, ya que la calidad de vida en las Islas Baleares depende muy fundamentalmente del funcionamiento y de los resultados de una economía de servicios turísticos basada en gran parte en el disfrute de recursos naturales, ambientales y paisajísticos. La marcada y creciente inquietud social, motivada por la rápida e irreversible desnaturalización de una parte del territorio isleño, exige la adopción de medidas legislativas que vinculen las políticas territoriales y urbanísticas de los órganos ejecutivos de la comunidad y de los municipios, en orden a una protección estable de los valores naturales y paisajísticos de unos territorios insulares caracterizados por su limitada superficie y por la fragilidad de los citados valores”. Con declaraciones como ésta, y constatada la realidad cotidiana en la isla de Mallorca, a la que luego aludiremos más extensamente, cobran pleno sentido la atribución de facultades de autorización a organismos supramunicipales como los Consells Insulares, precisamente para proteger esos intereses generales que se integran en el bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 319.1 del Código Penal. Además, en el caso del chalet construido por Eugenio Hidalgo, no era posible la legalización, y nos remitimos a lo expuesto en el fundamento jurídico tercero acerca de usos y actividades y parcela

mínima, y tampoco lo era porque la licencia concedida era radicalmente nula, pues no se correspondía con lo que se pretendía levantar desde el primer momento, y porque, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Disciplina Urbanística serán nulas de pleno derecho las licencias concedidas sin los preceptivos trámites de información o sin el acuerdo de la comisión insular de urbanismo cuando así lo establezca la normativa vigente, y si no fuera suficiente, porque en el Decreto que desarrolla la Ley del Suelo Rústico se prevé, en su artículo 6.1, que por la naturaleza del acto administrativo de licencia esta no podrá otorgarse si los informes previstos en el artículo cuarto no se han incorporado al expediente.

Se aludió en el plenario a que, dada la proximidad de la finca al núcleo urbano de Andratx, quedaba privada de los valores paisajísticos que justificaban su protección especial. Tal teoría determinaría, sin lugar a dudas, que admitido el aumento constante de población en la isla de Mallorca, lo que ha supuesto una agresión evidente al territorio insular como lo demuestran las imágenes aportadas al plenario, la natural expansión de los núcleos de población acabaría por absorber y convertir en urbanizables parcelas o suelos que no lo son en la actualidad, lo que nos situaría ante una especie de amnistía urbanística de hecho, que se prolongaría hasta que la limitada superficie de Mallorca se convirtiera en una inmensa área metropolitana, lo que nos coloca ante el peor de los escenarios posibles. Tal probabilidad no podría justificar de ninguna manera, la impunidad de la conducta de Eugenio Hidalgo al levantar el chalet.

SEXTO. Si ninguna duda cabe albergar acerca de que la intención de Hidalgo al construir su vivienda era satisfacer su propio interés, ignorando absolutamente el de los restantes ciudadanos del Andratx, pese a que estos le habían encomendado la gestión de los intereses colectivos, la participación de Jaime Massot se revela absolutamente necesaria para la comisión del delito. Pudiera admitirse, a título meramente dialéctico, que el que entonces era alcalde construyera sin licencia, así lo hizo para modificar la configuración de las cuadras existentes en la finca y para

alzar la pared de cerramiento que dio origen a la causa, pero en tal caso el dato de que se levantara un edificio a escasos metros del ayuntamiento hubiera despertado todo tipo de sospechas y, más temprano o más tarde, alguien habría denunciado la ilegal construcción. Esto quedaba perfectamente disimulado cumplimentando el requisito de la licencia, que además le permite al acusado Hidalgo pretender en el acto del plenario que la construcción es adaptable a la licencia concedida mediante demolición parcial de lo no contemplado en la misma, pretensión que revela bien a las claras que la licencia no era una simple formalidad, sino elemento esencial para cometer el delito. Pero Jaime Massot no solo coopera de forma activa antes de que se levante el chalet, sino que sus actuaciones posteriores, con seguimiento personal del expediente sancionador de Hidalgo, demuestran que la amistad y lo convenido por ambos sería llevado hasta las últimas consecuencias. No puede trivializarse un dato de esencial importancia para calibrar lo nuclear de la participación de Massot en la gestación, desarrollo y consumación del delito contra la ordenación del territorio, y es que el que había sido Jefe de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx hasta julio del año 2003, en que paso a estar excedente al ser nombrado Director General de Ordenación del Territorio, no supo ni pudo dejar de controlar el urbanismo en el municipio de Andratx, y en el caso del chalet de Eugenio Hidalgo, no precisamente como acto de demostración de amor a la mencionada localidad y sus habitantes. Si acudimos a los testimonios de Ana María Abarca, Cinta Moya o Ángela Hernández resulta fácil deducir, con respeto a las reglas de razonamiento, que no se movía un solo expediente urbanístico en Andratx sin el conocimiento y el consentimiento de Jaime Massot. Se le realizaban hasta las consultas jurídicas, pese a ser aparejador, máxime si tenemos en cuenta que ni la secretaria del Ayuntamiento, Ana María Abarca, ni la aparejadora municipal Cinta Moya, confiaban en los dos asesores jurídicos, uno de ellos el acusado José Ignacio Mir, por lo que para resolver las dudas acudían al que, de hecho, seguía siendo Jefe de Urbanismo, y así se refleja en las conversaciones mantenidas por ambas, muy especialmente en la designada como número 150.

El expediente sancionador incoado a Eugenio Hidalgo es el paradigma de las irregularidades en su tramitación, que pasan desde, como los demás expedientes, a

no estar cosido ni foliado, así lo testificaron las citadas y Pau Vidal, asesor jurídico durante pocos meses, a, y en esto es especial, ser trasladado al despacho del letrado de Hidalgo para no se sabe muy bien que diligencia, reunir un número muy elevado de instructores, hasta cuatro tomaron decisiones en su tramitación, pasando por la duplicidad de funciones de alguno de los que participaron en su tramitación, Cinta Moya hizo la valoración de las obras a efectos de la sanción y participó como instructora, lo que facultó a Eugenio Hidalgo para reclamar la nulidad del expediente, y, finalmente, a que desaparecieran del mismo la denuncia manuscrita del celador municipal, de la que Ana María aportó una copia en el plenario, el acta de inspección del Consell Insular de Mallorca, el decreto de nombramiento de Ana María Abarca como instructora de los expedientes de disciplina urbanística sustituyendo a Jaime Massot, casi tres años después de su marcha, y la propuesta de demolición firmada por Pau Vidal, que se ocupaba de la instrucción mientras Ana María permanecía de baja maternal. Peor suerte corrió el expediente de suspensión de obras que se incoó, pues este desapareció en su totalidad, como se refleja en la certificación unida a la documental cuatro aportada por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista oral. En todas estas vicisitudes tuvo nuclear participación Jaime Massot, la persona que presumió en el plenario de ser parco en palabras y hablar con monosílabos, al escuchar las conversaciones en las que se hablaba del asunto de la caseta del alcalde y de otros expedientes relacionados con el urbanismo de Andratx, aunque también resulta evidente que no lo hizo por si mismo, sino valiéndose de la impagable colaboración de su más fiel funcionaria, que no era otra que Ángela Hernández, secretaria designada en los expedientes de disciplina urbanística en el mismo decreto que señalaba a Ana María Abarca como instructora.

La secretaria del ayuntamiento describió, en su declaración testifical, que la custodia de los expedientes de disciplina urbanística le correspondía a ella, designada instructora, y a Ángela, como secretaria de los mismos, y que el expediente salió íntegro del despacho profesional de Rafael Perera, adonde nunca debió trasladarse. Que con posterioridad salieron documentos del mismo lo demuestra que cuando fue reclamado por el Juzgado instructor llegó incompleto, y que Ana María Abarca no fue quien extrajo los documentos lo demuestran tres hechos muy concretos:

conservó una copia de la denuncia manuscrita de Gibert, que aportó a la causa en el plenario, introdujo su decreto de nombramiento como instructora cuando comprobó que faltaba en el expediente, como ratificó en su declaración, y estaba de baja maternal cuando se quitó la propuesta de demolición, que se adjuntó por el Ministerio Fiscal al juicio y que Pau Vidal, quien la redactó y firmó, reconoció haber entregado. Si Ana María no retiró los documentos, queda como única posibilidad que lo hiciera Ángela, detalle que viene corroborado por el dato de que vio la propuesta de demolición original firmada, y la carátula recoge fielmente lo denunciado por el celador municipal y está redactada de puño y letra por la citada. Y Ángela no tenía el menor interés personal en retrasar los expedientes de suspensión de obra y sancionador incoados al alcalde, ni daba un paso sin la aquiescencia de Massot, que en su declaración demostró tener un perfecto conocimiento de las vicisitudes del expediente de Hidalgo, al que con monosílabos u onomatopeyas apoyaba en sus irregulares decisiones de abrir expedientes ya prescritos o caducados o incoar expedientes a “cuatro guiris”, en lugar de reclamarle que respetara la ley. Que las decisiones las tomaba el ex Jefe de Urbanismo, y las ejecutaba su persona de confianza, destinada en disciplina urbanística, no se les escapaba a Cinta y Ana María Abarca, tal y como esta puso de manifiesto en su declaración, conclusión que pudo alcanzar tras comprobar que solo el expediente de Hidalgo sufrió todas las irregularidades descritas y que las mismas no fueron producto de la casualidad o de un error, sino perfectamente buscadas. Resulta ajustado a la lógica que quien informó favorablemente la licencia irregular de su amigo el alcalde, y seguía manejando a su antojo el urbanismo de Andratx, aunque solo fuera por garantizar la pureza de los procedimientos, realizara a través de quien le guardaba absoluta lealtad y todo se lo consultaba, cuantas actuaciones estaban encaminadas a que el chalet de Eugenio Hidalgo se perpetuara, cooperando con su conducta en la comisión del delito, no solo en su momento inicial, recomendando procedimiento a seguir e informando la licencia a sabiendas de lo que se iba a levantar, sino procurando que lo concertado no se frustrara por la incoación de sendos expedientes en un negociado, el de urbanismo, que seguía bajo su control.

SÉPTIMO. Alegó la defensa de Eugenio Hidalgo que su representado obró en la creencia de que su conducta no completaba los elementos propios de la infracción penal, en los términos previstos en el artículo 14.1 del Código Penal, lo que determinará la impunidad de la conducta, ya fuera dicho error vencible o invencible. No nos hallamos ante un ciudadano cualquiera, sino ante quien ha sido durante tres años delegado de urbanismo en el Ayuntamiento de Andratx, simultaneando la tarea con la de alcalde durante unos cuantos meses, que sabe y conoce que la finca esta en zona rústica de especial protección, que paga una cantidad irrisoria por la misma para el nivel de mercado en un municipio como Andratx y en el año 2002, que acude para que lo asesore a quien más sabe sobre urbanismo en la localidad o en toda la isla de Mallorca, que prescinde de dirección técnica en la obra, que levanta una vivienda con todos sus accesorios y que, sabedor de que se le denuncia y se le va a inspeccionar por agentes del Seprona, trata de disfrazar el chalet de almacén, y reclama un pony, coloca una jaula con pollos, cubre de paja una solería impropia para el destino agrícola o ganadero, incorpora sacos de forraje para animales, saca apresuradamente del edificio electrodomésticos, un armario o una cama o levanta una baldosa de la cocina y coloca un sumidero como los que se mencionaban en el proyecto, demostrando con el contenido de sus conversaciones, las numeradas como 17, 32, 105, 106 ó 119 que era plenamente consciente de la conducta penalmente reprochable que había cometido.

OCTAVO. Aludió la defensa de Jaime Massot, en el trámite de informe, al artículo 3.1 del Código Civil, para reclamar que las normas fueran aplicadas a dicho acusado siguiendo los criterios de interpretación que en tal precepto se contienen, y que son el sentido propio de las palabras en relación con el contexto, los antecedentes histórico y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Esta invocación venía a cuento de algunos datos surgidos durante el plenario y que reflejaban, según la opinión que se expuso, que la forma de proceder de los acusados, edificando un

chalet en donde no procedía ni el almacén agrícola que lo disimulaba, o informando favorablemente licencias que vulneraban toda la legislación aplicable al caso, era semejante a la de otros ayuntamientos de Mallorca, para lo que se aportaba una documental del Ayuntamiento de Binissalem que abundaba en dicha teoría. Los datos del documento no remiten a tal identidad de proceder, pero si así ocurriera lo que procedería es que se iniciase una inmediata investigación y se depuraran las posibles responsabilidades, no solo en el municipio referido, sino en esa mayoría de localidades en las que el interés general, según se explicó, cedía frente al interés particular. Tal pretensión se relaciona abiertamente con las muestras de incredulidad que produjo la afirmación de Rafael Balaguer de que, en su dilatada experiencia profesional, en cuantos ayuntamientos ha servido y cuando era el técnico designado, nunca evitó reclamar los informes legalmente exigidos. Si hubo un dato especialmente llamativo, resultado de la prueba practicada, fue el de que en los últimos años, ningún expediente de demolición ha sido tramitado hasta su terminación en el Ayuntamiento de Andratx, lo que remite de inmediato a una sensación de impunidad en lo relativo a la infracción urbanística que debe ser motivo de especial preocupación, en un territorio marcado por la insularidad, con lo que de grave riesgo supone para un suelo ya sobreexplotado y que soporta una creciente presión humana, al tratarse de una sociedad económicamente poderosa y en continuo crecimiento demográfico, lo que obliga a extremar, así lo entendemos, el celo y la precaución. Se reclama que se ajuste la aplicación de la ley a su letra y espíritu, y ya hemos tenido oportunidad de transcribir lo que se dice en exposiciones de motivos como la de la Ley de Espacios Naturales o de las Normas Subsidiarias para el municipio de Andratx. Y si de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas se trata, solo recordar que no hace mucho más de un año, una importante parte de esta sociedad se movilizó bajo el lema de “Salvem Mallorca”, y cada vez son más numerosos los colectivos ciudadanos que demuestran honda preocupación por el desarrollo urbanístico en la isla, preocupación social que ha tenido su último hito, a través de los representantes elegidos democráticamente, en la muy reciente aprobación de la Llei de mesures urgents per a un desenvolupament sostenible a les Illes Balears, desarrollo del mandato contenido en el artículo 23.2 del Estatut

d'autonomía de les Illes Balears cuando precisa que "Els poders públics de la Comunitat Autònoma han de vetllar per la defensa i la protecció de la naturalesa, del territori, del medi ambient i del paisatge. Han d'establir polítiques de gestió, ordenació i millora de la seva qualitat harmonizan-les amb les transformacions que es produeixen per l'evolució social, econòmica i ambiental". Solo nos queda añadir un dato más, de las once zonas de Mallorca que se verán favorecidas por la ampliación de la protección, dos de ellas, Monport y Cala Blanca, se sitúan en el municipio de Andratx. Si se estiman las conductas del Jefe de Urbanismo y del alcalde Andratx merecedoras de reproche penal, es con absoluto respeto a los criterios de interpretación de las normas a los que alude el Código Civil y a los principios de legalidad, proporcionalidad e intervención mínima que informan el Derecho Penal.

NOVENO. Reconoció el celador municipal en el acto del plenario que acudió a la finca en compañía de Jaime Massot y redactó el acta de inspección tal y como este le recomendó, que pese a que desde la ventana de su despacho se observaba la edificación que el alcalde levantaba en su finca, nada hizo por impedirlo, y que rellenó la denuncia en la que constaban alguna de las irregularidades dejando de reseñar múltiples extremos que se apartaban del proyecto, conducta que supone su participación nuclear en el delito contra la ordenación del territorio, máxime cuando por su tarea estaba obligado a impedir, por el destino que servía, que la conducta delictiva de Eugenio Hidalgo se consumara, apareciendo como autor responsable, por omisión del deber que le incumbía, del delito previsto en el artículo 319.1 del Código Penal al que venimos haciendo referencia en los anteriores fundamentos.

DÉCIMO. Se imputó por todas las acusaciones personadas en la causa, al asesor jurídico del ayuntamiento de Andratx, José Ignacio Mir Buades, la comisión de un delito de prevaricación administrativa del artículo 320 del Código Penal. Insistió el acusado en su declaración en afirmar que la decisión de tramitar el expediente por lo

dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley de Suelo Rústico, a los comentarios que hemos efectuado nos remitimos, surgió tras un intercambio de opiniones entre el asesor técnico, Massot, y él mismo, concluyéndose que no era preceptivo el informe de la Consellería de Agricultura, pese a que a José Ignacio debía constarle, por su formación jurídica y tras un detenido examen de la legislación aplicable, que dicho informe, tal y como había precisado el mismo ingeniero que diseño el proyecto, era obligatorio, y que uno de los textos que lo exigía expresamente eran las normas subsidiarias y accesorias del municipio de Andratx, extremo que necesariamente habría de conocer el letrado asesor, pues lo contrario determinaría una ignorancia inexcusable. La realidad que se desprende de la prueba practicada no es muy diferente, aunque podemos también confirmar que el letrado asesor del ayuntamiento no quiso llevarle la contraria a Jaime Massot, plegándose sin discrepancia a lo que el Jefe de Urbanismo dispuso, tal y como lo demuestran dos extremos constatados documentalmente, la llamada al artículo aplicable que Massot hace en el informe favorable, folio 42 de la causa, excepcional en su proceder, y que el letrado recoge en su correspondiente informe, folio 44, y la transcripción que hace de las exigencias del artículo 7.9 de la Ley de Disciplina Urbanística, lo que no le impide, tras comprobar que Massot ha dejado en blanco los parámetros, informar favorablemente la pretensión.

Nos remitimos a lo expuesto en el tercer fundamento acerca de los requisitos que la doctrina jurisprudencial exige para que la conducta del funcionario que informa favorablemente una licencia contraria a las normas urbanísticas sea reprochable por lo dispuesto en el artículo 320 del Código Penal, y añadiremos que constituye elemento esencial para ponderar la gravedad de la conducta de Mir, en paralelo con la de Massot, el perfecto conocimiento que ambos tenían de que el informe preceptivo de la Consellería iba a resultar contrario a los intereses de quien era el alcalde y por este esencial motivo se concertaron para evitarlo, aunque ello supusiere, ya lo hemos anticipado al abordar la conducta del Jefe de Urbanismo, violentar la letra y el espíritu de multitud de normas legales. Resulta lamentable que la actitud de la persona encargada de velar porque se cumpliera la legalidad en las actuaciones relacionadas con el urbanismo en el ayuntamiento de Andratx fuera,

cuando de la solicitud de la licencia del alcalde se trató, de absoluto seguimiento de lo que el técnico dispuso, aún sabiendo que ni los parámetros se habían rellenado, dando carta blanca a Hidalgo para hacer su voluntad, lo que se reflejó en la construcción del chalet, ni el informe que procedía es el que reseñó sino el de la Consellería de Agricultura, y si ignoraba tal extremo por falta de conocimientos, una simple consulta a dicha Consellería le hubiera sacado de dudas, si no fuera por la convicción, así lo demostró la repetida lectura del precepto que hizo el acusado desde estrados, de que se obraba en la certeza de actuar contra la ley, conducta que posee sustancia suficiente para que se dicte un pronunciamiento condenatorio, sin que en tal conclusión interfiera, como preguntó su defensa, que no pesara sobre el jurídico la obligación de enviar la solicitud de licencia para el preceptivo informe, pues la obligación que le incumbía, y que ignoró de forma flagrante, era velar por la pureza y ajuste a la ley del procedimiento, para impedir la vulneración de la legalidad que se pretendía.

Ignacio Mir, al que las funcionarias Cinta y Ana María aluden en las conversaciones intervenidas como "Nacho", para manifestar la absoluta desconfianza que él y su compañero llamado Jacobo les inspiraban - Cinta se refiere a ellos en un pasaje de la conversación diciendo "cuidado porque ninguno es trigo limpio" - no tuvo el menor reparo en prestarse a bendecir la previa decisión de Jaime Massot en el trámite necesario del informe jurídico favorable a la pretensión de Eugenio Hidalgo de construir un chalet en zona rústica protegida, en lugar de requerir al técnico para que no obviase la remisión a la autoridad administrativa competente, permitiendo con su abandono que el alcalde y el jefe de urbanismo concluyeran lo concertado. Es más, las referidas funcionarias, las consultas sobre cualquier aspecto del urbanismo en el municipio se las hacían a Jaime Massot, ya fuera la cuestión técnica o jurídica, con lo que se evitaba cualquier interferencia de quien no resultaba fiable. Fue Jaime Massot el que dispuso que era lo que debía hacerse en el expediente del alcalde y José Ignacio Mir se ajustó a sus deseos sin el menor reproche, con lo que se granjeó la amistad de Eugenio Hidalgo y Jaime Massot, y, según la declaración del primero en instrucción, recordada en el plenario, la participación junto con él y dos personas más en un negocio inmobiliario que está siendo objeto de investigación.

La conducta de ignorar, de forma consciente y voluntaria, las funciones de asesoramiento y vigilancia del cumplimiento de la legalidad, tarea para la que había sido contratado, además de merecer reproche social, que el jurídico prescinda de la legalidad para favorecer intereses particulares anteponiéndolos a los generales resulta intolerable, aunque no corresponde a este Tribunal sancionarlo o, en su caso, respuesta disciplinaria, que también está fuera de la jurisdicción y competencia de esta Sección, llena los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para su castigo penal, por lo que procederá la condena de José Ignacio Mir Buades por el delito de prevaricación administrativa del que venía acusado.

DÉCIMOPRIMERO. Del delito de prevaricación administrativa aparecen como autores directos los acusados Jaime Massot Sureda y José Ignacio Mir Buades, artículo 28 del Código Penal, y como inductor Eugenio Hidalgo Garcés, artículo 28 a) del citado Código, apareciendo, en lo que respecta al delito contra la ordenación del territorio, Eugenio Hidalgo Garcés como autor directo, artículo 28 ya referido, y Jaime Massot Sureda y Jaime Mateo Gibert Fuster como cooperadores necesarios, el segundo de ellos por omisión, según lo previsto, respectivamente, en los artículos 28 b) y 28 b) y 11 a), todos del Código Penal, tal y como se desprende de la abundante prueba practicada, con plenas garantías de contradicción, en el acto del plenario.

Sobre la posibilidad de la participación en delitos especiales, y tanto la prevaricación administrativa del artículo 320, como el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 lo son, nos remitimos a la abundante doctrina jurisprudencial existente, de la que puede ser perfecto ejemplo la STS 575/2007, de 9 de junio, por lo que Eugenio Hidalgo es inductor del delito de prevaricación, pese a no ser el funcionario que tenía que informar su licencia y no haber actuado como autoridad, mientras que Jaime Massot es cooperador necesario del delito contra la ordenación del territorio pese a no tener la condición de promotor, constructor o técnico director que exige el precepto.

DÉCIMOSEGUNDO. Concorre en Jaime Mateo Gibert Fuster la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de colaboración con la Justicia, invocada por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones definitivas, petición que vincula a este Tribunal, prevista en el artículo 21.6 del Código Penal, en relación con los artículos 21.4, 21.5 y 376 del citado texto legal.

No concurren en los acusados Jaime Massot Sureda y José Ignacio Mir Buades circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Postula el Ministerio Fiscal la apreciación, respecto del acusado Eugenio Hidalgo Garcés, de la circunstancia agravante de prevalerse de su carácter público, prevista en el artículo 22.7 del Código Penal y, al no hacerse distinción alguna, en relación con los dos delitos por los que se formuló la acusación. Si se ha concluido que la participación de Hidalgo en el delito de prevaricación lo es como inductor, y ya mencionaremos posteriormente, al determinar la pena, que debe ser considerado como un “extraneus” en lo que concierne a dicho tipo penal, y pese a la objetiva condición de alcalde de Andratx que tenía cuando sucedieron los hechos, el evidente concierto que entre el y Massot existió para que se informara favorablemente la petición de licencia de obras mayores que había hecho, tuvo su sustento primordial en la relación de amistad y confianza, sin que conste que Eugenio utilizara su condición de primera autoridad municipal para mover la voluntad del Jefe de Urbanismo al emitir el informe favorable, máxime teniendo en cuenta que había sido Jaime Massot el que preparó el operativo que favorecería a Hidalgo, cuando recibió su petición.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 876/2006, de 6 de noviembre, en el fundamento jurídico trigésimo noveno, describe la circunstancia de agravación interesada por la acusación pública, petición a la que se adhirieron las otras dos acusaciones personadas, diciendo que consiste en el aprovechamiento de un determinado estado para la realización del hecho delictivo, y comprende tanto las acciones del funcionario que actúa en su propio y particular beneficio como la del funcionario que abusa de su función, aunque es preciso que no se trate de un actuar extralimitando su función. En otras palabras, añade la resolución, la agravación puede ser aplicable al funcionario público cuya conducta típica no guarda relación

con su función pública propia, pues esa extralimitación podrá ser típica de un delito de otra naturaleza.

Si trasladamos la doctrina a la conducta que hemos descrito, no cabe la menor duda de que Eugenio Hidalgo se prevaleció de su condición de alcalde de Andratx para procurar que la obra que llevaba a cabo, la construcción de un chalet en terreno rústico protegido no se viera afectada por el celo profesional del inspector municipal Jaime Gibert, quien sabía como se las gastaba el alcalde cuando no se atendían sus requerimientos, con amenazas de ser despedido de su puesto, o para imponer, bien que con buenas palabras, a dos funcionarias del Ayuntamiento Cinta Moya y Ana María Abarca a que acudieran al despacho de su letrado defensor, pese a ser testigos propuestas por el Ministerio Fiscal, para aclarar conceptos importantes vinculados a su testimonio. El acusado al que venimos haciendo referencia principal y respecto del que se pide la agravación, se prevaleció de su condición de alcalde en su propio y particular beneficio, obteniendo plena impunidad para terminar la obra de su vivienda unifamiliar disfrazada de almacén agrícola a escasos metros del casco urbano de la localidad en la que era la máxima autoridad municipal.

DÉCIMOTERCERO. Para determinar las penas a imponer habrá de distinguirse los dos delitos por los que se formuló acusación, tratándose de los acusados Hidalgo y Massot, pues la participación del primero en el delito de prevaricación y la del segundo en el delito contra la ordenación del territorio es la propia de un “extraneus” como ya se anticipó en anteriores fundamentos, entrando en juego la regla del artículo 65.3 del Código Penal. Si del delito previsto en el artículo 320 del Código Penal se trata, y no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en Jaime Massot, la regla del número 6 del artículo 66 permite que las penas se impongan en la extensión que el Tribunal estime adecuada, atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. El acusado citado era Jefe de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx en el

momento de cometer los hechos y tenía perfecto conocimiento de que privilegiaba a su amigo Eugenio Hidalgo al permitirle que construyera, con amparo en la apariencia que daba la licencia, un chalet en donde nadie podía hacerlo, sabiendo que con su acción vulneraba todas y cada una de las normas urbanísticas aplicables, lo que ejecutado por uno de los grandes expertos en urbanismo de la isla de Mallorca, poco después fue nombrado Director General de Ordenación del Territorio, cobra especial relevancia. No resulta tampoco despreciable el detalle, comentado en anteriores fundamentos, de que se aliara con el letrado asesor guiándole en la decisión que había de tomar, demostrando que el desarrollo urbanístico de Andratx era función exclusiva de Jaime Massot y que nadie podía interferir en su trabajo. Que el resultado final sea una vivienda no priva de reprochabilidad a la conducta del Jefe de Urbanismo, pues toda su conducta revela que el mayor o menor grado de agresión al paisaje le era indiferente, desde el momento en que la licencia que otorgó concedía un cheque en blanco a quien entonces era el alcalde para edificar sin límites en una parcela sujeta a especial protección. Finalmente, ningún reparo tuvo en afirmar en el acto del plenario que a día de hoy, hubiera actuado de la misma forma, persistiendo en la arbitrariedad. Entiende esta Sala que todos estos argumentos permiten, en primer lugar, optar por la pena privativa de libertad frente a la pena pecuniaria, y dentro de la prisión legalmente prevista exacerbar el reproche hasta el máximo permitido y pedido por el Ministerio Fiscal, dos años de privación de libertad más la de inhabilitación para empleo o cargo público en la administración estatal, autonómica o local por el máximo tiempo permitido por la ley y reclamado por las acusaciones, de diez años.

En lo que a José Ignacio Mir respecta, su condición de licenciado en derecho reclama especial contundencia en el reproche, pues el hubiera podido frenar la irregularidad pactada si hubiera ajustado su conducta a lo reclamado por la legalidad vigente, lo que nos hace optar por la pena privativa de libertad en lugar de la pena pecuniaria. No concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, nos movemos en el ámbito de aplicación de la norma 6ª del artículo 66.1 del Código Penal, y nos situaremos en la mitad inferior, considerando que procederá imponer la pena de un año de prisión, a la que se añadirá, por remisión expresa y

siguiendo el mismo criterio, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración estatal, autonómica o local por el tiempo de ocho años.

Por el mismo delito referido Eugenio Hidalgo tendría la posibilidad de que este Tribunal rebajara en un grado la pena a imponer, si bien atendida su condición de alcalde presidente del ayuntamiento de Andratx en la fecha de los hechos, el absoluto desprecio demostrado por la legalidad vigente y la ausencia de cualquier disimulo en procurarse una licencia que le permitiera construir a la vista del resto de los ciudadanos de la localidad, obliga a que no se haga uso de la facultad que viene reconocida en el artículo 65.3 del Código Penal de imponer la pena en un grado inferior. Valorado el especial reproche que merece la conducta de quien antepuso su interés personal al general de los ciudadanos de Andratx, exacerbar el reproche aplicándolo en la mitad superior pedida por el Ministerio Fiscal supondría una doble sanción por un mismo motivo que no sería ajustada a derecho, máxime cuando respecto de este delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en Eugenio Hidalgo, por lo que las penas se impondrán en su mitad inferior, prefiriéndose la privativa de libertad por la condición de primera autoridad y el desprecio que del ordenamiento supone la conducta de quien tuvo responsabilidades en urbanismo durante más de tres años, por lo que impondremos las penas de un año de prisión y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración estatal, autonómica o local por tiempo de ocho años.

Respecto del delito contra la ordenación del territorio, y en referencia a la participación de Eugenio Hidalgo, nos remitimos a las referencias del párrafo anterior para aumentar el reproche, máxime teniendo en cuenta que nos hallamos en el supuesto previsto en el artículo 66.1.3ª al concurrir una circunstancia agravante. Si a esto añadimos, y no es un detalle despreciable, que la operación urbanística, realizada a ojos vista de todos los habitantes de la localidad de Andratx, suponía, caso de haber prosperado los intentos de legalización apurados hasta el final que demuestran nulo arrepentimiento, lo que el Ministerio Fiscal calificó gráficamente de “pelotazo”, cuyo significado coloquial no es necesario aclarar, y que el acusado, irritado por la apertura de los expedientes ordenó reabrir expedientes relacionados con concejales de la oposición o con extranjeros residentes en Andratx, la única

conclusión posible es la de imponer las penas reclamadas por las acusaciones es decir, la de tres años de prisión e inhabilitación especial para la promoción urbanística por sí o como representante de persona jurídica por el mismo periodo, así como la accesoria, prevista en el artículo 56.1.1º del Código Penal, de suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena. Además se impone la pena de multa de veinte meses, extensión temporal adecuada a la gravedad de la conducta, con una cuota diaria de 100 euros, perfectamente asumible por quien ha desempeñado tareas de gobierno municipal desde 1995 y posee un importante patrimonio, descrito en el plenario, siendo una de sus piezas la mitad indivisa de la finca en cuestión, estando capacitado para atender al pago de la cuota establecida sin desatender sus necesidades cotidianas, lo que la convierte en conforme a lo dispuesto en el artículo 50.5 del Código.

Para Jaime Massot, en el delito contra la ordenación del territorio cabe reproducir lo dicho en anteriores párrafos sobre que la Sección descarta acudir a imponer la pena inferior en grado, estamos en presencia de quien, a los pocos meses de colaborar con Hidalgo pasó a encargarse de velar por la Ordenación del Territorio en todo el archipiélago, y dentro de la extensión prevista en el artículo 319.1, y siguiendo el criterio de no hacer doble reproche, nos moveremos en la mitad inferior, no concurren circunstancias modificativas en el acusado, estimándose proporcional la de un año y seis meses de prisión, ajustada al catálogo de irregularidades acaecidas en el expediente sancionador referidas en anteriores fundamentos y al nulo arrepentimiento demostrado en el plenario; la de un año y seis meses de inhabilitación absoluta para la promoción urbanística por sí o como administrador de persona jurídica, y la accesoria de suspensión de cargo o empleo público en la administración estatal, autonómica o local durante el tiempo de la condena conforme al artículo 56.1.1º del Código Penal. En lo que respecta a la pena de multa se considera adecuada la extensión temporal de quince meses, siguiendo el criterio hasta ahora establecido, y en cuanto a la cuota diaria que hay de satisfacerse, solicitan las acusaciones la misma que para Eugenio Hidalgo, 100 euros al día, aunque no se ha practicado información para conocer la capacidad económica de Jaime Massot. No obstante, no resulta desproporcionado, atendidas las importantes

tareas políticas que ha desarrollado el acusado, estimar que es capaz de afrontar, sin menoscabo para atender sus necesidades cotidianas, la suma de 60 euros diarios de cuota, lo que supone el triple del salario mínimo interprofesional para el año 2008, y que cumple los requisitos establecidos en el artículo 50.5 del Código Penal.

A Jaime Gibert se le imponen las penas reclamadas por las acusaciones y admitidas por la defensa del acusado, cuales son la de cuatro meses de prisión, con la accesoria de suspensión de cargo o empleo público en la administración estatal, autonómica o local durante el tiempo de la condena conforme al artículo 56.1.1º del Código Penal, la de inhabilitación especial para la promoción urbanística por sí o como administrador de persona jurídica por tiempo de dieciocho meses y la de multa de diez meses, con cuota diaria de 10 euros, en cuanto que las mismas se ajustan a lo dispuesto en los artículos 50.5, 53, 56.1.1º y 66.1.2ª, todos del Código Penal. Todas las penas pecuniarias impuestas llevan aparejada una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, según dispone el artículo 53 del referido texto legal.

DÉCIMO CUARTO. Permite el número 3 del artículo 319 del Código Penal que se pueda ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra. Solo podemos remitirnos a lo expuesto en todos los anteriores fundamentos para concluir que nunca ha estado más justificada dicha decisión y que el que fue el primero en ignorar los intereses colectivos de todos los ciudadanos de Andratx, sea el primero, a la vista de que los expedientes de demolición en vía administrativa están condenados al fracaso, en demoler, a sus expensas y en el plazo que le marque este Tribunal una vez sea la sentencia firme, el chalet que se construyó pretendiendo disfrazarlo de almacén agrícola, para devolver a la finca calificada como suelo rústico protegido el valor paisajístico que motivó su especial calificación y del que Eugenio Hidalgo, entonces alcalde de Andratx le privó.

Son coautores, por cooperación necesaria, tanto Jaime Massot como Jaime Gubert, por lo que, en el hipotético caso de que Hidalgo no proceda a la demolición de la

vivienda o no sufrague los gastos que la misma comporte, caso de que se proceda por la administración a hacer efectivo el pronunciamiento, deberán responder subsidiariamente tanto de la obligación de demoler a su costa o de atender al importe de las obras para derribar, en su integridad, la vivienda unifamiliar construida en zona rústica protegida.

DÉCIMOQUINTO. Eugenio Hidalgo Garcés y Jaime Massot Sureda deberán satisfacer dos sextas partes de las costas, cada uno, mientras que Jaime Mateo Gubert Fuster y José Ignacio Mir Buades, deberán pagar, cada uno, una sexta parte, costas que incluirán las de la acusación particular según lo dispuesto en los artículos 123 y 124 del Código Penal, al reconocerse un interés directo del ayuntamiento de Andratx derivado de las conductas descritas en los anteriores fundamentos y no aparecer su intervención en la causa superflua o accesoría, representado a todos los habitantes del mencionado municipio. Respecto de las devengadas por la acusación popular, concepto en el que se personaron en el plenario Isabel Alemany y Juan Ensenyat, no procederá la condena, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en los casos en los que acusa el Ministerio Fiscal recogida, entre otras, en la STS 1092/ 2002, de 10 de junio y las que en la misma se citan, donde se contienen los criterios jurisprudenciales sobre la imposición de los gastos procesales soportados durante el proceso por la parte perjudicada por el delito.

Vistos los artículos precedentes y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Condenamos a Eugenio Hidalgo Garcés como inductor de un delito de prevaricación administrativa y como autor directo de un delito contra la ordenación del territorio, ya

definidos, concurriendo solo respecto del segundo la circunstancia agravante de prevalerse de su carácter público, a las penas de un año de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración estatal, autonómica o local por tiempo de ocho años, por el primer delito, y a las penas de tres años de prisión, con suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para la promoción urbanística por sí, o como representante de una persona jurídica, por tiempo de tres años, y a la de multa de veinte meses, con cien euros de cuota diaria, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, por el delito contra la ordenación del territorio, así como a satisfacer dos sextas partes de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular personada.

Condenamos a Jaime Massot Sureda, como autor directo de un delito de prevaricación administrativa y como cooperador necesario en un delito contra la ordenación del territorio, ya definidos, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración estatal, autonómica o local por tiempo de diez años, por el primer delito, y a las penas de un año y seis meses de prisión, con suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para la promoción urbanística por sí, o como representante de una persona jurídica, por tiempo de un año y seis meses, y a la de multa de quince meses, con sesenta euros de cuota diaria, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, por el delito contra la ordenación del territorio, así como a satisfacer dos sextas partes de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular personada.

Condenamos a José Ignacio Mir Buades como autor directo de un delito de prevaricación administrativa, ya definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración estatal, autonómica o local por tiempo de ocho años, así como al pago de una sexta parte de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular personada.

Condenamos a Jaime Mateo Gibert Fuster como cooperador necesario en un delito contra la ordenación del territorio, ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de colaboración con la Justicia, a las penas de cuatro meses de prisión, con suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para la promoción urbanística por sí, o como representante de una persona jurídica, por tiempo de dieciocho meses y multa de diez meses, con diez euros de cuota diaria, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como a satisfacer una sexta parte de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular personada.

Una vez firme la presenta resolución, Eugenio Hidalgo Garcés deberá demoler a su costa la vivienda unifamiliar construida en la finca de su propiedad, o sufragar los gastos de demolición, caso de que haya de encargarse la administración competente, obligación de la que responderán con carácter subsidiario, y solidariamente entre ellos, Jaime Massot Sureda y Jaime Mateo Gibert Fuster.

Declaramos de abono, en su caso, el tiempo que Eugenio Hidalgo Garcés, Jaime Massot Sureda y Jaime Mateo Gibert Fuster estuvieron privados de libertad por esta causa

Así por esta sentencia, de la que se unirá certificación a las actuaciones y contra la que cabe interponer recurso de Casación anunciándolo ante este Tribunal en el plazo de 5 días, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída en audiencia pública por el magistrado ponente, y acto seguido se libran los despachos para su notificación en forma a todas las partes. Doy fe.

