

Roj: **STS 2915/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:2915**Id Cendoj: **28079120012013100451**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/05/2013**Nº de Recurso: **1731/2012**Nº de Resolución: **443/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP AL 1198/2012,**
AAAP AL 393/2012,
STS 2915/2013,
ATS 8938/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación legal de Gumersindo y Pascual , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección Segunda), de fecha 22 de mayo de 2012 en causa seguida contra Pascual ; Luis Antonio ; Gumersindo y Bruno , por los delitos contra la ordenación del territorio, prevaricación, falsificación y omisión de la obligación de perseguir determinados delitos, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y los recurrentes representados por las procuradoras doña Ana Villa Ruano y doña María Rodríguez Puyol. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción núm. 1 de Huércal Overa, incoó diligencias previas núm. 3596/2006 procedimiento abreviado nº 16/2008, contra Pascual ; Luis Antonio ; Gumersindo y Bruno y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería (Sección Segunda), rollo de Sala 50/2010 que, con fecha 22 de mayo de 2012, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Probado y así se declara que en junio de 2003, el acusado Pascual , mayor de edad y sin antecedentes penales, propietario de una finca en terreno forestal situada en el PARAJE000 " o DIRECCION000 ", del término municipal de Cantoria (Almería), con una superficie de unos 22.150 m2, que constituía las parcelas NUM000 y NUM001 del polígono NUM002 , procedió a realizar un desmonte con rotulación y nivelación del terreno sin la preceptiva autorización, por lo que la patrulla del Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA) de Albox (Almería) formuló contra el la correspondiente denuncia que dio lugar a la incoación de un expediente sancionador por la Delegación Provincial en Almería de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, que terminó con la imposición de una multa y la obligación de la reposición del medio a su ser y estado anterior.

El acusado lejos de dar cumplimiento a la sanción impuesta, procedió a construir cuatro edificaciones residenciales en suelo no urbanizable de carácter rural, sin contar para ello con licencia municipal que amparase aquellas edificaciones, siendo las mismas no autorizables por estar realizadas sobre suelo cuyo destino no estaba relacionado con fines forestales, agrícolas o ganaderos.



Una vez construidas o durante su construcción, el acusado Pascual , procedió a la venta de las viviendas unifamiliares mediante contratos privados que posteriormente fueron elevados a escritura pública, a los siguientes ciudadanos ingleses. La primera de ellas a Ovidio y a Coral ; la segunda de ellas a Juan Ramón y a Paulina ; la tercera a Cosme y a Bibiana y la cuarta a Justiniano y a Margarita , estos últimos se han reservado las acciones civiles. Todos ellos desconocían la situación de las viviendas.

Junta (sic) a estas viviendas de nueva construcción, en la parcela del acusado había otra más, situada más al norte que aquellas otras y que tenía una construcción antigua que había sido reformada, respecto a la que Pascual interesó del también acusado Bruno , mayor de edad y sin antecedentes penales, que en su condición de arquitecto técnico, le entregase un certificado comprensivo de la antigüedad y superficie de dicha edificación, lo que así hizo Bruno , certificando el 27 de octubre de 2004 que la edificación en cuestión tenía una antigüedad de entre cinco y seis años, certificación que sirvió al acusado Pascual para aportarla en la Notaría a fin de que sustituyera a la licencia de obras en escritura pública de la venta al matrimonio Paulina Juan Ramón , como si la mencionada certificación se refiriera a dicha edificación cuando no era así. No ha quedado acreditado, con la suficiente claridad y evidencia que el acusado Bruno emitiera el mencionado certificado sabiendo que el mismo correspondía a una de las vivienda de nueva construcción.

En esa época era Alcalde de la localidad de Cantoria (Almería) el acusado Gumersindo , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien pese a ser la autoridad competente para incoar y resolver los expedientes sancionadores por infracción de la normativa urbanística y estar obligado a denunciar los casos en los que se apreciaran indicios de delito, teniendo conocimiento de las edificaciones que Pascual estaba llevando a cabo en suelo no urbanizable, no denunció estos hechos ni inició ningún expediente sancionador ni de restauración de la legalidad urbanística, llegando en los meses de abril y septiembre de 2004, marzo de 2005 y mayo de 2006 a conceder autorizaciones para el suministro eléctrico y de agua para las mencionadas viviendas. Finalmente en escrito de 7 de septiembre de 2006 dirigido a la policía autónoma andaluza un escrito con el sello oficial del Ayuntamiento y su forma faltando a la verdad en el mismo cuando afirmaba que de los archivos obrantes en la Secretaria del Ayuntamiento, no se había otorgado certificado alguno con el objeto de la contratación de cualquier tipo de suministros, a sabiendas.

No ha quedado acreditado con la suficiente claridad y evidencia que el acusado Luis Antonio participara de alguna manera en funciones de constructor de las mencionadas viviendas" (sic).

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Pascual , como autor de un delito ya definido contra la ordenación del territorio atenuado analógicamente por las dilaciones sufridas en la causa, estimada esta dilación como muy cualificada, a las penas de ONCE MESES, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA DE SEIS MESES a razón de 10 euros diarios, e inhabilitación especial para la profesión u oficio de constructor o promotor durante el tiempo de SEIS MESES, con expresa imposición de una séptima parte de las costas del juicio. En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá responder frente al Ayuntamiento de Cantoria por las obras y gastos necesarios para la reposición de la legalidad urbanística infringida, autorizando expresamente a la Corporación de realizar cuantas actuaciones sean necesarias para cumplir la legalidad urbanística y en concreto a realizar el derribo o demolición de la edificación ilegal, si el condenado no acomete la referida restitución en los plazos que la misma Corporación le fije.

Asimismo este acusado indemnizará a Ovidio y Coral , Juan Ramón y Paulina , Cosme y Bibiana , adquirentes de las viviendas, en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia correspondiente al precio pagado y gastos satisfechos por la compra de la vivienda.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Gumersindo , como autor de un delito ya definido de falsedad en documento público, atenuado por las dilaciones indebidas, a las penas de DOS AÑOS DE PRISIÓN, multa de cinco meses con un (sic) cuota diaria de 10 euros, inhabilitación especial por tiempo de Un año y seis meses y como autor de un delito ya definido de la omisión del deber de perseguir delitos atenuado por las dilaciones indebidas, a las penas de INHABILITACIÓN ESPECIAL para empleo o cargo público por tiempo de CINCO MESES, y al pago de dos séptimas partes de las costas del juicio.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Luis Antonio , del delito contra la ordenación del territorio del que venía acusado, con declaración de oficio de una séptima parte de las costas del juicio.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Bruno y Pascual , del delito de falsificación de certificados del que venían acusados, con declaración de oficio de dos séptimas partes de las costas del juicio.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Gumersindo del delito continuado de prevaricación del que venía acusado, con declaración de oficio de una séptima parte de las costas del juicio.



Siéndole de abono para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Y aprobamos por sus propios fundamentos y con las reservas que contiene el auto de solvencia parcial del acusado Bruno consultado por el Instructor.

Reclámese del Instructor las piezas de responsabilidad civil de los otros acusados, terminada con arreglo a Derecho" (sic).

Tercero.- La Audiencia Provincial de Almería (Sección Segunda), dictó auto de fecha 11 de julio de 2012, acordando la rectificación de los errores materiales padecidos en el fallo de la sentencia dictada el 22 de mayo de 2012, en el sentido de sustituir la referencia del fallo, **por la que debe decir:**

"FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Pascual, como autor de un delito ya definido contra la ordenación del territorio atenuado por las dilaciones indebidas como muy cualificada, a las penas de ONCE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA DE SEIS MESES a razón de 10 euros diarios, e inhabilitación especial para la profesión u oficio de constructor o promotor durante el tiempo de SEIS MESES, con expresa imposición de una séptima parte de las costas del juicio.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá responder frente al Ayuntamiento de Cantoria por las obras y gastos necesarios para la reposición de la legalidad urbanística infringida, autorizando expresamente a la Corporación de realizar cuantas actuaciones sean necesarias para cumplir la legalidad urbanística y en concreto a realizar el derribo o demolición de la edificación ilegal, si el condenado no acomete la referida restitución en los plazos que la misma Corporación le fije.

Asimismo este acusado indemnizará a Ovidio y Coral, Juan Ramón y Paulina, Cosme y Bibiana, adquirentes de las viviendas, en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia correspondiente al precio pagado y gastos satisfechos por la compra de la vivienda.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Gumersindo, como autor de los delitos ya definidos de falsedad en documento público y de la omisión del deber de perseguir delitos, atenuados por las dilaciones indebidas como muy cualificada, a las penas, por el primero de ellos, de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA de cinco meses con un (sic) cuota diaria de 10 euros e inhabilitación especial para cargo público por tiempo de un año y seis meses y por el segundo de los delitos, a las penas de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por tiempo de CINCO MESES, y al pago de dos séptimas partes de las costas del juicio.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Luis Antonio, del delito contra la ordenación del territorio del que venía acusado, con declaración de oficio de una séptima parte de las costas del juicio.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Bruno y Pascual, del delito de falsificación de certificados del que venían acusados, con declaración de oficio de dos séptimas partes de las costas del juicio.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Gumersindo del delito continuado de prevaricación del que venía acusado, con declaración de oficio de una séptima parte de las costas del juicio.

Siéndole de abono para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Y aprobamos por sus propios fundamentos y con las reservas que contiene el auto de solvencia parcial del acusado Bruno consultado por el Instructor.

Reclámese del Instructor las piezas de responsabilidad civil de los otros acusados, terminada con arreglo a Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos."

El resto de la sentencia se mantiene.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes.

Una vez firme la misma, con inclusión del original en el Libro de Sentencias déjese certificación que se unirá al rollo de su razón" (sic).



Cuarto.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.- La representación legal de la recurrente Pascual , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la LECrim , por error de hecho en la valoración de documentos. II.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por vulneración del art. 319.3 del CP . III.- Al amparo del art. 849 de la LECrim , por vulneración del art. 66.1.2 del CP .

Sexto.- La representación legal del recurrente Gumersindo , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la LECrim , por error de hecho en la valoración de documentos. II.- Por infracción de la presunción de inocencia (art. 24 de la CE) en relación con el art. 5.4 de la LOPJ . III.- Al amparo del art. 851.3 de la LECrim , por incongruencia omisiva. IV.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim (predeterminación del fallo). V.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por vulneración del art. 319.2 del CP y art. 7 de la LECrim .

Séptimo.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 24 de octubre de 2012, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, apoyó el motivo tercero del recurrente Pascual e interesó la inadmisión de todos los motivos del recurso interpuesto por Gumersindo que, subsidiariamente, desestimó.

Octavo.- Por providencia de fecha 23 de abril de 2013 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

Noveno.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 21 de mayo de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 .- La sentencia de fecha 22 de mayo de 2012, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería , condenó a Pascual , en los términos que constan en los antecedentes fácticos de esta resolución, como autor de un delito contra la ordenación del territorio, concurriendo la atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas. También condenó a Gumersindo , con la concurrencia de la misma atenuante, en calidad de autor de un delito de falsedad en documento público y otro delito de omisión del deber de perseguir determinados delitos.

Se interpone recurso de casación por ambos condenados, que va a ser objeto de consideración individualizada.

RECURSO DE Pascual

2.- El primero de los motivos, al amparo del art. 849.2 de la LECrim , sostiene la existencia de un error en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y que demostrarían la equivocación del juzgador.

A juicio de la defensa, los documentos obrantes a los folios 56 y 745 de la causa, ponen de manifiesto la ausencia de prueba referida a la vigencia de las normas subsidiarias utilizadas como referencia jurídica para deducir el carácter no urbanizable del suelo sobre el que se construyeron las cuatro viviendas unifamiliares construidas por el acusado. La Secretaria Interventora del Ayuntamiento de Cantoria, Almería, certifica que no consta "... la publicación del texto íntegro de las citadas Normas Subsidiarias". Esa falta de publicación sería contraria a las reglas más elementales referidas a la vigencia de cualquier norma jurídica.

El motivo no puede prosperar.

A) El certificado invocado como documento demostrativo del error valorativo dice algo más de lo entrecorrido por la defensa. El certificado emitido por la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento señala textualmente lo siguiente: "... CERTIFICO: que según la documentación obrante en esta Secretaría a mi cargo, resulta que la Resolución de Aprobación Definitiva de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal fue publicada por la Delegación Provincial de Almería de la Consejería de Obras Públicas y Transportes en el Boletín Oficial de la Provincia nº 102 de 5 de mayo de 1990 (...). No constando la publicación del texto íntegro de las citadas NN.SS".

Ello obliga, de entrada, a situar en sus justos términos el debate suscitado por el motivo. En efecto, no se trata de que las normas subsidiarias no llegaran a ser publicadas -si así hubiera sido, nunca habrían llegado a obtener



vigencia-, sino que no existe constancia de la publicación del texto íntegro. Y como dice el Ministerio Fiscal en su dictamen de impugnación, el documento prueba que no se publicaron por completo o íntegramente en el Boletín Oficial de la Provincial las normas subsidiarias de 1990 del Ayuntamiento, pero no acredita que no se haya construido sobre suelo no urbanizable.

De ahí que aun añadiendo al relato de hechos probados el contenido de esa certificación, su inclusión carecería de efecto alguno a la hora de alterar el juicio de subsunción. La Audiencia Provincial ha proclamado el carácter no urbanizable de las parcelas sobre las que construyó el acusado, no ya a partir de la vigencia de las Normas Subsidiarias cuya íntegra publicación cuestiona el recurrente, sino de la propia Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002, 17 de diciembre. Este texto legal, de indiscutible vigencia en la fecha en la que el acusado inició los trabajos de desmonte con roturación y nivelación del terreno, define las bases de clasificación del territorio, señalando que el suelo urbano, no urbanizable y urbanizable, estará integrado por los terrenos que el Plan General de Ordenación Urbanística así lo declare (art. 44). Del mismo modo, precisa que *"en los municipios que, al tiempo de entrada en vigor de esta Ley, no cuenten con planeamiento general, el suelo del término municipal se entenderá clasificado en urbano y no urbanizable, integrando esta última clase todos los terrenos que no deban adscribirse a la primera en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 45"* . (disposición transitoria séptima). Y la lectura del citado art. 45 despeja cualquier duda acerca de la calificación urbanística que merecía el terreno sobre el que construyó el acusado los cuatro inmuebles. En efecto, en él se dispone que *"Integran el suelo urbano los terrenos que el Plan General de Ordenación Urbanística, y en su caso el Plan de Ordenación Intermunicipal, adscriba a esta clase de suelo por encontrarse en alguna de las siguientes circunstancias: a) Formar parte de un núcleo de población existente o ser susceptible de incorporarse en él en ejecución del Plan, y estar dotados, como mínimo, de los servicios urbanísticos de acceso rodado por vía urbana, abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía eléctrica en baja tensión; b) Estar ya consolidados al menos en las dos terceras partes del espacio apto para la edificación según la ordenación que el planeamiento general proponga e integrados en la malla urbana en condiciones de conectar a los servicios urbanísticos básicos reseñados en el apartado anterior; c) Haber sido transformados y urbanizados en ejecución del correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico y de conformidad con sus determinaciones"* .

A la vista de ese cuadro normativo la Audiencia Provincial ha concluido -con el apoyo de los planos incorporados a la causa y el dictamen de peritos urbanísticos- el carácter de suelo no urbanizable predicable del terreno forestal sito en el PARAJE000 o DIRECCION000 , del término municipal de Cantoria, en Almería, lugar en el que el acusado promovió y ejecutó la construcción de cuatro edificaciones residenciales sin contar con la preceptiva licencia municipal.

B) Pero existen otras razones que conducen al rechazo de la línea argumental de la defensa, basada en cuestionar la efectiva vigencia de las Normas Subsidiarias. Y es que, además de lo previsto en la disposición transitoria séptima, sobre la que la Audiencia construye su razonamiento, la vigencia de la Ley 7/2002, 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía , colma el elemento normativo exigido por el art. 319.2 del CP . En efecto, en la disposición transitoria primera, bajo el epígrafe *"Disposiciones de inmediata aplicación: Régimen urbanístico y valoraciones del suelo"*, se señala que *"desde la entrada en vigor de esta Ley serán de aplicación íntegra, inmediata y directa, cualquiera que sea el instrumento de planeamiento que esté en vigor y sin perjuicio de la continuación de su vigencia, los Títulos II, III, VI y VII de esta Ley"* . Es en el título II -*"Régimen urbanístico del suelo"*- donde se regula la clasificación del suelo y se establecen los criterios que determinan el destino urbanístico - *urbano, urbanizable, no urbanizable*- de cada una de las parcelas (arts. 44 a 47).

Y en la disposición transitoria segunda se establece una vigencia condicionada de los instrumentos de planificación urbanística preexistentes a su sujeción a las nuevas reglas fijadas con carácter general por la repetida Ley 7/2002 : *"sin perjuicio de lo previsto en el apartado 1 de la disposición anterior, todos los Planes Generales de Ordenación Urbana, Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal o Delimitaciones de Suelo Urbano y los restantes instrumentos legales formulados para su desarrollo y ejecución que, habiéndose aprobado conforme a la legislación sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, General o Autonómica, vigente a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, estuvieren en vigor o fueran ejecutivos en tal momento, conservarán su vigencia y ejecutividad hasta su revisión o su total cumplimiento o ejecución conforme a las previsiones de ésta"*. Añade el párrafo segundo de la misma disposición que *"en la interpretación y aplicación de los Planes a que se refiere el párrafo anterior se estará a las siguientes reglas: 1.ª Las que fueren contradictorias con los preceptos de esta Ley de inmediata y directa aplicación serán inaplicables. 2.ª Todas las restantes se interpretarán de conformidad con esta Ley"* .

En definitiva, la promulgación de la Ley 7/2002, 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, ha determinado la existencia de un concepto material de *suelo no urbanizable* que no puede quedar al arbitrio de normas de inferior rango que contradigan lo que, con carácter general, ha de tener aplicación en todo el territorio de la comunidad andaluza. De ahí que, ya sea por razón de la vigencia de las Normas Subsidiarias



cuya íntegra publicación se pone en entredicho, ya por aplicación de cualquier otro instrumento de planificación urbanística previgente a aquéllas, lo cierto es que tras la entrada en vigor de la Ley 7/2002, el terreno forestal sobre el que el acusado construyó las edificaciones que luego vendió a ciudadanos extranjeros, nunca pudo haber sido calificado como terreno urbanizable.

C) Refuerza su impugnación el recurrente con la cita de la sentencia 261/2009, 24 de septiembre, dictada por la propia Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, que habría absuelto al entonces acusado mediante el empleo de una argumentación similar a la que ahora pretende hacer prosperar la defensa. Sin embargo, no existe la similitud que se sugiere. En efecto, entonces se trataba de la construcción de una vivienda unifamiliar, con un volumen habitable de unos 400 m², que se hallaba situada en la parcela NUM003 del Polígono NUM004 del término municipal de Fines. Basta una lectura del hecho probado para apreciar la más que evidente diferencia: "... la zona en cuestión sobre la que se ha construido la vivienda, que a mediados del año 2006 se encontraba concluida exteriormente, carecía de la consideración un terreno de especial protección en la fecha de la construcción de la vivienda, y a raíz del antiguo trazado de una vía férrea contaba con vial asfaltado, alcantarillado, luz y agua, desde el inicio de las obras, existiendo otras viviendas contiguas que gozan de similares servicios, habiendo construido el Ayuntamiento aceras, plantado árboles, colocado farolas y ejecutado un bulevar en dicha vía".

Entonces no se cuestionaba la vigencia de las Normas Subsidiarias de planeamiento, sino la efectiva fecha de publicación del llamado *Plan de Protección del Medio Físico de Almería*, que finalmente fue publicado oficialmente en el mes de marzo de 2007.

Lo mismo puede decirse respecto de las otras dos sentencias, ahora dictadas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, mencionadas por el recurrente en su escrito de formalización. Se trata de la núm. 344/11, 17 de octubre y la núm. 26/212, 23 de enero. La línea argumental que late en ambos pronunciamientos no hace sino reforzar la tesis de la sentencia recurrida. La Audiencia Provincial -Sección Primera- rechazó entonces la aplicación subsidiaria de la Ley 7/2002, 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, por entender que no había quedado acreditada la efectiva falta de vigencia de las Normas Subsidiarias del término municipal de Cantoria, presupuesto obligado para la aplicación de la disposición transitoria séptima de la citada ley. Entonces era el Fiscal el que cuestionaba la vigencia de aquellas normas, propugnando la directa aplicación del mecanismo supletorio fijado por la Ley 7/2002. La Audiencia Provincial, sin embargo, consideró que la prueba de la falta de publicación íntegra de las normas de ordenación urbanística, incumbía a la acusación pública, que no podía optar por la aplicación directa de la norma general sin acreditar que no existía una norma particular plenamente vigente.

Pero es que en el que caso que nos ocupa, la falta de vigencia de las Normas Subsidiarias del ayuntamiento de Cantoria viene siendo sostenida por la propia defensa. Ello supone hacer suyo el argumento de que, en ausencia de una norma particular íntegramente publicada, procede la aplicación supletoria de la Ley general, definida en este caso, por la Ley 7/2002, 17 de diciembre.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (arts. 885.1 LECrim).

3 .- El segundo de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia indebida aplicación del art. 319.3 del CP.

El presente motivo sirve de vehículo formal para impugnar el pronunciamiento de responsabilidad civil que contiene la sentencia recurrida. Razona la defensa que el art. 319 del CP protege un bien de naturaleza pública -la ordenación del territorio-, en el que no caben sujetos pasivos con derecho a indemnización. Además, no bastaría con demostrar la realidad del daño, sino que habría que definir su cuantía, evitando la reclamación de daños y perjuicios desprovistos de total certidumbre y, al menos, de dudosa cuantificación, obligando a cálculos, hipótesis o suposiciones que rompen objetivamente la concreción cuantitativa. Añade la defensa que las limitaciones urbanísticas son públicas, están al alcance de todos. De ahí que a cualquier comprador diligente le es exigible una mínima información y conocimiento sobre aspectos tan esenciales para la adquisición de un inmueble.

No tiene razón el recurrente.

El art. 319.3 del CP aplicado por el Tribunal de instancia señala que "*en cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*".

A) Esta Sala ya se ha pronunciado con anterioridad acerca del significado de la demolición como expresión de la responsabilidad civil derivada del delito. La prescripción del art. 319.3º del CP -decíamos en la STS 901/2012, 22 de noviembre-, se inscribe en el contexto normativo de las responsabilidades civiles derivadas del delito, sin pérdida de esa naturaleza original; como resulta del doble dato de que las mismas son renunciables y tienen



un carácter ultrapersonal, que permite que en las exigencias de reparación, puedan operar mecanismos de subsidiariedad que en el plano estrictamente penal serían ciertamente inconcebibles. En este sentido, es claro, la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con el art. 109 ss. CP relativos a la reparación del daño, susceptible de producirse personalmente por el culpable o culpables o a su costa. La reparación del daño ocasionado por el delito, según resulta de los arts. 109, 110 y 112 CP, está prevista con carácter general. Algo plenamente dotado de sentido, ya que, de otro modo, la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley. Y tal debe ser, pues, la clave de lectura del precepto del art. 319,3º CP (aquí, en su redacción anterior) sobre cuya interpretación se discute. Así las cosas, la reparación del daño, ahora en la forma de demolición de la construcción no autorizada, será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 CP. Por eso, el art. 319,3º CP no podría hacer meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario. De este modo, lo que resulta de una adecuada comprensión sistemática de aquella primera disposición y de las con ella concordantes en relación con esta última, es un marco de limitada discrecionalidad en la modulación por los tribunales de tal deber legal, a tenor de las particularidades del caso concreto, con un criterio de proporcionalidad. Es la única inteligencia razonable de la interacción de ambos vectores normativos, dirigida, tanto a evitar la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho, como la desmesura en las consecuencias representada, por ejemplo, por un eventual grave perjuicio para una colectividad, por la aplicación a ultranza del imperativo de que se trata en cualesquiera circunstancias.

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

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

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

En efecto es cierto que el precepto que analizamos establece la demolición de forma no imperativa ni el tenor literal del art. 319.3 vigente al momento de los hechos, ni la redacción actual del mismo, operada tras la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, permiten afirmar que la demolición de lo construido sea la consecuencia obligada, necesaria e ineludible de la comisión de un ilícito de esta naturaleza. El " *en cualquier caso ...*" con el que se inicia la redacción del artículo puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado -" *podrán*" - sólo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador menciona " *en cualquier caso*" se está refiriendo a que tanto los supuestos a los que se refiere el núm. 1º del precepto como los del núm. 2º, cabe la posibilidad de la demolición. Esto es, con independencia de las calificaciones de los suelos sobre los que se hayan realizado las construcciones o edificaciones cabe la posibilidad de acordarla, siempre motivadamente. Pero si el texto insiste en exigir lo que de por sí es mandato constitucional de cualquier decisión judicial, esto es, que se motive, lo hace porque estima que el automatismo no cabe en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista el delito, pero no puede sostenerse que solo cuando concurra una especial motivación podrá acordarse la demolición, bastando recordar para ello, que aunque no lo diga la norma expresamente, es obvio que el tribunal penal deberá también motivar cuando deniegue la solicitud formulada en tal sentido, por alguna de las partes legítimas en el proceso.

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



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

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

Conforme a estas ideas podrían admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción, esto en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme, puede insertarse que las obras de potencial demolición se encuentran en área consolidada de urbanización, pero no puede extenderse esa última excepción a tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal; pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumaría un nuevo atentado a la colectividad beneficiándose los infractores en el futuro de servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, en detrimento de quienes adquirieron el suelo a precio de urbano, con repercusión de tales servicios y acometieron la construcción con los oportunos proyectos y licencias, amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albor de posibles cambios futuros de criterio - lo que llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a suspender la mayoría de las sentencias, ante la posibilidad o el riesgo de que el legislador modifique los tipos correspondientes o incluso despenalice la conducta.

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

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

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

B) El recurrente parece construir una incompatibilidad entre la naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido -la ordenación del territorio- y la posibilidad de que el legislador imponga una reparación individualizada de los daños necesarios para el restablecimiento del bien ofendido por el delito. Sin embargo, nada impide que el órgano jurisdiccional acuerde la demolición y, con ella, la reparación de los perjuicios que aquella pueda traer consigo en terceros de buena fe.

La demolición no es una consecuencia accesoria, tampoco una sanción añadida al delito principal. Se trata de una medida de restablecimiento de la legalidad conculcada por el delito que, como tal, puede llevar consigo un pronunciamiento de responsabilidad civil asociado a la reparación de los daños causados *ad personam*.



El hecho de que quien no ha sido sujeto pasivo ni particular ofendido por el delito pueda resultar destinatario de una indemnización exigida en el proceso penal, no es sino la expresión del deseo legislativo de que el restablecimiento de la ofensa a la ordenación del territorio y la reparación civil de los daños ocasionados se produzcan de forma simultánea. Son razones de política legislativa, ligadas a la necesidad de evitar una dualidad de procesos, las que han llevado a sumar a la demolición, con cargo al infractor, los daños provocados a quienes aparecen como titulares de buena fe del inmueble que va a ser objeto de destrucción. Se trata de facilitar lo que, en expresión bien gráfica, ha sido denominada *acumulación de tutelas*, que no es otra cosa que una concurrencia de remedios de la que existen otros ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. artículo 130.2 de la Ley 30/1992, 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común).

De ahí que ningún obstáculo procesal detecte la Sala en la concesión de una indemnización que, según el fallo de la sentencia recurrida, habrá de ser fijada en ejecución de sentencia, correspondiéndose con el precio abonado y los gastos satisfechos por la compra de la vivienda. Es indudable que ese pago impone como inderogable exigencia la buena fe de los terceros, en este caso, ciudadanos extranjeros que adquirieron los inmuebles. Ha de tratarse, por tanto, de personas que, sin haber tenido participación en el delito contra la ordenación del territorio y sin conocer las limitaciones urbanísticas que afectaban a la construcción, han resultado gravemente perjudicadas en su patrimonio como consecuencia del delito cometido por el condenado.

Es indudable que este desenlace, con carácter general, suscita numerosas dificultades. De un lado, las que se derivan del hecho de que las limitaciones impuestas por la disciplina urbanística sean públicas y, por tanto, al alcance de cualquier adquirente. Ésta es una de las objeciones puestas de manifiesto por el recurrente en su escrito de formalización. Sin embargo, esta Sala viene admitiendo de forma reiterada que el principio de publicidad de un determinado gravamen no excluye la posibilidad de un engaño sobre su propia existencia (cfr. SSTs 161/2013, 20 de febrero y 687/2008, 30 de octubre, entre otras). En el supuesto de hecho que centra nuestra atención, el carácter de terceros de buena fe de los beneficiados con la indemnización se proclama sin ambages en el juicio histórico. En él puede leerse que "*... todos ellos desconocían la situación de las viviendas*".

En definitiva, nada tiene que ver el concepto de tercero de buena fe con el significado registral normalmente ligado a ese término. En palabras del Fiscal, esa referencia no es equiparable al concepto registral del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Faltaría aquí la inscripción registral. Pero el art. 319.1 del CP, al incluir la referencia a la buena fe, simplemente procura hacer posible que sean reparados los daños colaterales derivados de una demolición imputable a la conducta del acusado.

Tampoco es obstáculo para la procedencia de la indemnización el hecho de que no se haya formulado acusación por el delito de **estafa**. Es perfectamente imaginable la concurrencia entre un delito contra la ordenación del territorio y otro de **estafa**. El hecho de que el desconocimiento alegado respecto de la situación urbanística del terreno no haya servido de fundamento para una acusación por **estafa**, no es impedimento para la indemnización civil concedida por la Audiencia. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que un eventual proceso por aquel delito el pago de lo debido actuara entonces como causa de extinción de una hipotética responsabilidad civil.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

4 - El tercero de los motivos, con la misma cobertura del art. 849.1 de la LECrim, denuncia infracción de ley, aplicación indebida del art. 66.1.2 del CP.

La defensa de Pascual -con el apreciable nivel técnico que inspira todo el recurso- considera vulnerado aquel precepto, en la medida en que la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, no ha traído consigo la preceptiva degradación de la pena.

El motivo ha de ser estimado, con el consiguiente efecto en nuestra segunda sentencia.

Como apunta el Fiscal -que apoya la estimación del motivo- el tipo previsto en el art. 319.2 del CP, aplicado en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 5/2010, 22 de junio, preveía una pena de prisión de 6 meses a 2 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de 6 meses a 3 años. Pues bien, se impusieron 11 meses de prisión, siendo así que la pena rebajada en un grado oscilaba entre los 3 meses a 5 meses y 29 días; e igualmente se impusieron 6 meses de inhabilitación especial, siendo así que la pena rebajada en un grado oscilaba entre los 3 meses a 5 meses y 29 días.

La apreciación como muy cualificada de la atenuante de dilaciones indebidas, en ausencia de agravante alguna (art. 66.1.2 CP), impone la consiguiente rebaja de pena en un grado. El alcance de la degradación de la pena prevista en el tipo -decíamos en la STS 209/2013, 6 de marzo - ha de hacerse depender de la intensidad con la que concurran los presupuestos justificadores de la atenuación. En el caso presente, la duración de esos plazos y, sobre todo, los motivos explicativos -que no justificativos- de la paralización, deberían encerrar las claves



para una degradación más intensa que la inicialmente acordada por la Audiencia Provincial. Se impone, por tanto, el examen de algunos precedentes jurisprudenciales en los que fue apreciada la atenuante de dilaciones indebidas, con el fin de valorar si esta Sala, atendiendo a las circunstancias concurrentes, consideró oportuno rebajar en 1 o 2 grados la pena resultante. Pues bien, es cierto que la STS 551/2008, de 29 de septiembre, ante la tardanza de 5 años y medio en sede de la Audiencia, pendiente de la celebración del juicio oral, ya terminada la instrucción, estimó adecuada la rebaja de la pena en 2 grados. Sin embargo, en todos los demás supuestos que a continuación se citan, hemos estimado debidamente reparada la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas mediante la degradación de la pena en 1 grado. Es el caso, por ejemplo, del transcurso de nueve años de duración del proceso penal (SSTS 655/2003, de 8 de mayo, y 506/2002, de 21 de marzo); o el supuesto de hecho contemplado en la STS 291/2003, de 3 de marzo, referida a hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001; en la STS 896/2008, de 12 de diciembre, por hechos ocurridos 15 años atrás y en la STS 630/2007, de 6 de julio, por la paralización indebida por tiempo de 4 años, en esas mismas condiciones. Finalmente, la STS 132/2008, de 12 de febrero, estimó la atenuante muy cualificada y procedió a la rebaja en un grado al tratarse de una causa iniciada en el año 1990, enjuiciada 16 años después y resuelta en casación 2 años más tarde.

RECURSO DE GUMERSINDO

5.- El primero de los motivos, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, denuncia infracción de ley, error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y demuestran la equivocación del juzgador.

La defensa cita como documento clave para respaldar el motivo el escrito obrante al folio 476 de la causa (*rectius*, 474), fechado el 7 de septiembre de 2006, en el que el acusado hace constar lo siguiente: " según se desprende de los archivos obrantes en la secretaría de este Ayuntamiento, no se ha otorgado o expedido licencia; ni se ha otorgado certificado alguno con el objeto de la contratación de cualquier tipo de suministro". Este documento, junto a las autorizaciones que recogen los folios 38, 39, 40, 388, 390, 515, 516, 517, 518, 580, 584, 588, 592, 596, 600, 607, 608, 609, 765 y 766, no son verdaderos certificados, sino autorizaciones. Por tanto, es evidente -se arguye- que el acusado no ha faltado a la verdad en la narración de los hechos, concretamente en la afirmación que se hace constar en el apartado B) del folio 476 de las actuaciones, en el que se afirma que no expidió ningún tipo de certificación o licencia en relación a la contratación de cualquier tipo de suministro. Esta afirmación se ajusta a la realidad, hubiera faltado a la verdad si hubiera afirmado que expidió certificados o expidió licencias, cuando en realidad lo que expidió fueron autorizaciones.

No tiene razón la defensa.

A) Como apunta el Fiscal en su dictamen de inadmisión, el argumento es meramente formal. En efecto, el razonamiento del recurrente se construye a partir de una hábil distinción, puramente nominal entre las palabras *autorización*, *licencia* y *certificación* que, en modo alguno, elimina la ofensa al bien jurídico tutelado en el delito de falsedad en documento público por el que el Alcalde ha sido condenado (art. 390.1.4 CP). No se trata, claro es, de recurrir a una proscrita interpretación extensiva del tipo. Basta con la lectura combinada del requerimiento de fecha 31 de agosto de 2006, suscrito por la Unidad de Policía de la Dirección General de Política Interior, a instancias de la Fiscalía, y de la respuesta del Alcalde, fechada el 7 de septiembre de 2006 para concluir que, ni siquiera añadiendo al juicio histórico el contenido íntegro de este último certificado, se alteraría el juicio de tipicidad. En efecto, el acusado fue requerido por la Fiscalía del Medio Ambiente con el fin de que informara acerca de si había otorgado "... alguna licencia o se (...) expedido algún certificado, y de ser así, datos del titular del órgano administrativo unipersonal que la haya otorgado o expedido, y en todo caso, los informes técnicos u otros documentos en los que se haya podido basar para expedir dicha licencia de obras o cualquier otro certificado expedido por ese Ayuntamiento en relación a esa parcela con el fin de contratar algún tipo de suministro, y el estado actual de dicho suministro" (folio 469). Gumersindo negó que hubiera emitido licencia o certificado, silenciando que había otorgado autorización para tales suministros de energía y agua, faltando así al hecho incontrovertido de que efectivamente había emitido una autorización para hacer posible aquellos servicios. En definitiva, había dado licencia o autorización a tales empresas para permitir que suministraran luz y agua, pese a negarlo en el documento oficial que él mismo suscribió.

Respalda esta idea el mismo argumento gramatical que esgrime la defensa, que limita su análisis al significado de los vocablos *autorización* y *certificación*, sosteniendo que quien pregunta por alguna licencia o certificación no se está interesando por algo tan distinto como la existencia de cualquier autorización. Sin embargo, quien así razona olvida que, conforme al DRA, la primera de las acepciones de la palabra *licencia* es " *permiso para hacer algo*", mientras que la cuarta de esas acepciones identifica aquel vocablo con una " *resolución de la Administración por la que se autoriza una determinada actividad*". En consecuencia, cuando la Fiscalía pidió información acerca de si se había otorgado alguna *licencia*, es evidente que estaba requiriendo datos acerca



de si, en relación con las obras ilegales, se había otorgado algún *permiso* o *autorización*. El silencio del Alcalde supuso faltar a la verdad en un documento público y, por tanto, conllevó la ofensa al bien jurídico tutelado.

B) Añade el recurrente que nunca podría haber sido condenado el Alcalde por haber emitido una certificación falsa, toda vez que el delito por el que se ha formulado condena (art. 390.1.4 CP) ha de ser cometido por un funcionario público *en el ejercicio del cargo*. Se da la circunstancia de que el art. 204 del Real Decreto 2568/1986, 28 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Administraciones Locales, establece que las certificaciones de todos los actos, resoluciones y acuerdos de los órganos de gobierno, se expedirán siempre por el Secretario.

Tampoco ahora la Sala coincide con el recurrente.

De entrada, lo que la Fiscalía solicitó del Alcalde condenado no era un certificado, sino información referida a la actuación de la Corporación por aquél presidida en relación con las parcelas sitas en el PARAJE000 . De ahí que en el folio 469 pueda leerse que el requerimiento se refería a la entrega de documentación, "*... la cual se ruega sea entregada en mano a los funcionarios de esta unidad que presentan este oficio*". No se pedía, por tanto, un certificado y no fue un certificado lo que emitió el Alcalde. Basta una lectura detenida del folio 474 de la causa, en el que consta el documento suscrito por el acusado con fecha 7 de septiembre de 2006, para advertir que allí nada se certifica. De hecho, el encabezamiento de ese documento señala que "*... se aporta la siguiente información y documentos que se adjuntan*" (sic).

En consecuencia los argumentos del recurrente -este último, por cierto, desbordando la vía casacional anunciada bajo el art. 849.2 de la LECrim - no pueden ser acogidos por la Sala, procediendo la desestimación por su falta de fundamento (arts. 885.1 y 2 LECrim).

6 .- El segundo de los motivos, con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Estima el recurrente que, por las razones expuestas en el motivo precedente, no existen pruebas para estimar que concurren los presupuestos fácticos que dan vida al delito de falsedad del art. 390.1 y 4 del CP por el que ha sido condenado. No se emitió un certificado y tampoco se faltó a la verdad en la narración de los hechos.

Las mismas razones que sirvieron entonces para desestimar el primero de los motivos, vuelven a ser ahora válidas para producir el efecto desestimatorio. A lo expuesto en el FJ 5º nos remitimos.

Extiende su impugnación el recurrente a la ausencia de pruebas suficientes para condenarle como autor de un delito de omisión del deber de perseguir determinados delitos (art. 408 CP). La no incoación de los expedientes de disciplina urbanística, a raíz de la denuncia recibida por la policía autonómica tiene su explicación en la falta de medios para poder incoar y llevar adelante esos expedientes. De hecho, la inacción del Alcalde fue suplida, conforme a lo previsto en la normativa urbanística, por los órganos correspondientes de la administración autonómica. La ausencia de técnicos municipales y de agentes de policía para la práctica de esas diligencias está en el origen de la imposibilidad.

El motivo no puede prosperar.

La Sala hace suya la argumentación del Fiscal. En efecto, el recurrente, más que alegar la ausencia de prueba parece construir una singular causa de justificación de su conducta: nada hizo porque no tuvo medios que le permitieran hacer. Sin embargo, como expresa la sentencia recurrida en el FJ 4º, lo que se le solicitaba era que acordara cautelarmente la suspensión de la obra. El alcalde imputado, sin embargo, se abstuvo de toda actuación, excepto autorizar el suministro de luz y agua, e incluso llegó a comunicar a la Delegación Provincial desconocer la realidad de los hechos denunciados. Todo ello pese a la advertencia o comunicación de la Secretaría del Ayuntamiento de la situación existente.

El art. 408 del CP incorpora en el tipo objetivo una conducta omisiva por parte de la autoridad o funcionario público que, faltando a los deberes impuestos por su cargo, se abstiene voluntariamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables. La porción de injusto abarcada por este precepto -decíamos en la STS 198/2012, 15 de marzo - no puede obtenerse sin la referencia interpretativa que ofrece el vocablo "*noticia*" para aludir a aquellos delitos que no son intencionadamente objeto de persecución. Lo que se castiga no es -no puede serlo por razones ligadas al concepto mismo de proceso- la no persecución de un delito ya calificado, sino la abstención en el deber de todo funcionario de dar a la *notitia criminis* de cualquier delito el tratamiento profesional que exige nuestro sistema procesal. Y es que tratándose de funcionarios públicos afectados por la obligación de promover la persecución de un delito, lo que reciben aquéllos son precisamente *noticias* de la comisión de un hecho aparentemente delictivo, nunca un hecho subsumido en un juicio de tipicidad definitivamente cerrado.



La jurisprudencia de esta Sala ha propugnado una interpretación del art. 408 del CP conforme a la cual basta con que el agente tenga indicios de que la actividad que se desarrolla ante él y en la que no interviene, debiendo hacerlo, es indiciariamente delictiva, sin que sea necesaria la certeza de que aquella actividad es un delito con todos sus elementos jurídicos (STS 330/2006, 10 de marzo), pudiendo limitarse la omisión a no tramitar el correspondiente atestado (SSTs 846/1998, 17 de junio y 1408/1994, 9 de julio). En la misma línea, la STS 342/2009, 2 de abril , recuerda que el tipo penal previsto en el art. 408 del CP es un delito de omisión pura, en el que el sujeto activo debe tener conocimiento de la posible comisión de un delito, bastando al respecto unos razonables indicios. Se trata, por tanto, de un delito de quebrantamiento de un deber.

El Alcalde imputado, desatendiendo los deberes impuestos por razón de su cargo, se abstuvo de toda actuación oficial para impedir el atentado a la ordenación del territorio representado por la construcción de las viviendas promovidas por Pascual en zona forestal. No sólo eso, sino que autorizó las acometidas de agua y luz y silenció este hecho a la autoridad autonómica.

El motivo, en consecuencia, ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

7 .- El tercer motivo denuncia quebrantamiento de forma, incongruencia omisiva del art. 851.3 LECrim , al no haber resuelto la sentencia todos los puntos que fueron objeto de debate.

Conviene recordar, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la incongruencia omisiva o *ex silentio* es un quebrantamiento de forma que sólo alcanza relevancia constitucional y determina la vulneración del art. 24.1 CE cuando, al dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada por una de las partes del proceso, los órganos judiciales no tutelan los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia (por todas, SSTC 219/2009, 12 de diciembre , 8/2004, de 9 de febrero, F. 4 ; 52/2005, de 14 de marzo, F. 2 ; 67/2007, de 27 de marzo, F. 2 ; 138/2007, de 4 de junio, F. 2 ; 165/2008, de 15 de diciembre , F. 2). No se trata, por tanto, de dar respuesta a todos y cada uno de los argumentos jurídicos hechos valer en el proceso. Son las pretensiones oportunamente deducidas las que han de quedar imprejuzgadas para que el *fallo corto* alcance el carácter de quebrantamiento de forma con incidencia en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

A) Estima el recurrente que la esencial cuestión que la sentencia no resuelve "*... y que el Ministerio Fiscal tampoco acreditó, es si consta de forma fehaciente que con anterioridad a las Normas Subsidiarias de Cantoria, aprobadas en 1990, había otro planeamiento urbanístico municipal o no*". Este dato -se insiste- es decisivo, pues es determinante de la aplicación de la disposición transitoria séptima de la Ley 7/2002, 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía .

En el FJ 2º, apartado A) de esta misma resolución, al dar respuesta al primero de los motivos formalizados por el recurrente Pascual , ya nos hemos ocupado de una alegación muy similar, al tratar el tema suscitado desde la perspectiva del supuesto error de hecho en la valoración de la prueba. A lo allí razonado nos remitimos. Baste ahora insistir en que la Sala no detecta la incongruencia que se denuncia, en la medida en que la sentencia de instancia dedica el primero de los fundamentos jurídicos a razonar, con una extensa argumentación, las razones que militan a favor del carácter no urbanizable del terreno forestal sito en el PARAJE000 o DIRECCION000 , del término municipal de Cantoria, integrado en las parcelas NUM000 y NUM001 del polígono NUM002 .

Las mismas razones que respaldan el rechazo de la supuesta omisión valorativa del Tribunal de instancia respecto de la vigencia de las Normas Subsidiarias de Cantoria, son ahora aplicables para excluir el vicio que se denuncia en relación con el supuesto silencio frente a la alegación referida a la normalidad de la subrogación de la Junta autonómica de Andalucía en las funciones no ejercidas por el Alcalde (art. 188 Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía).

El motivo carece de fundamento (art. 885.1 LECrim).

8 .- El cuarto motivo aduce quebrantamiento de forma, al consignarse como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo.

Las expresiones que habrían alterado la estructura lógica del razonamiento, sustituyendo lo fáctico por lo normativo, serían las siguientes: "*suelo no urbanizable*", "*no autorizable*", "*faltando a la verdad*" y "*a sabiendas*".

El motivo no es acogible.

La minuciosa cita jurisprudencial invocada en apoyo del motivo sirve ahora a la Sala para excluir su viabilidad. En efecto, decíamos en las SSTs 1229/2011, 16 de noviembre y 401/2006, 10 de abril , que el vicio denunciado no es viable cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el



legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Desde esta perspectiva, es evidente que ninguna de las expresiones señaladas en el motivo predeterminan o condicionan el fallo. En el factum se precisa el carácter forestal del paraje situado en las parcelas NUM000 y NUM001 del polígono NUM002, se describen las obras de desmonte con roturación y nivelación del terreno sin la preceptiva autorización y se hace mención a las cuatro edificaciones residenciales promovidas por el acusado y que fueron toleradas por el titular de la corporación municipal. Se precisa, además, el carácter *no autorizable* de esas obras "... al estar realizadas sobre suelo cuyo destino no estaba relacionado con fines forestales, agrícolas o ganaderos".

Del mismo modo, la expresión *faltando a la verdad* no es sino un giro conclusivo perfectamente prescindible en el relato fáctico, en el que se percibe con nitidez la consciente e intencionada mutación de la realidad por parte del Alcalde cuando respondió al requerimiento formulado por la Fiscalía de Medio Ambiente de Andalucía: "... finalmente en escrito de 7 de septiembre de 2006 dirigido a la policía autónoma andaluza (...) con el sello oficial del Ayuntamiento y su firma (...) afirmaba que de los archivos obrantes en la Secretaría del Ayuntamiento no se había otorgado certificado alguno con el objeto de la contratación de cualquier tipo de suministros". Como puede apreciarse, los presupuestos fácticos de la acusación por el delito de falsedad y el carácter intencionado del mismo, se desprenden sin dificultad del juicio histórico, incluso prescindiendo por su irrelevancia de las expresiones que el recurrente considera predeterminantes del fallo.

No ha existido el quebrantamiento de forma que se denuncia y el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

9 .- El último de los motivos, con la cobertura del art. 849.1 de la LECri, denuncia infracción del art. 7 de la LECrim y del art. 319.2 del CP .

El recurrente reprocha a los Jueces de instancia haber vulnerado "... la labor integradora e interpretadora a la que se alude y en consecuencia el art. 7 de la LECrim y el art. 319.2 del CP , por no atemperarse la Audiencia Provincial a las reglas de Derecho Administrativo, al resolver las cuestiones prejudiciales relativas a la vigencia del planeamiento que aplica, y en relación a la naturaleza del suelo donde se construyeron las edificaciones. Y es que nos encontramos ante una norma penal en blanco, que debe ser colmada con la normativa urbanística que resulte de legal aplicación para determinar la calificación del suelo" (sic).

Con distinta cobertura, la defensa vuelve a insistir en un razonamiento que ya ha merecido nuestra atención, a saber, la falta de constancia de la publicación íntegra de las Normas Subsidiarias de Cantoria como presupuesto de aplicación supletoria de la Ley 7/2002, 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Procede dar por reproducido lo ya expuesto en el FJ 2º, apartados A), B) y C) de nuestra resolución, acordando la desestimación del motivo.

10 .- Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales en relación a Pascual , condenando a las costas causadas en su recurso a Gumersindo .

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de **Pascual** , contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 2012, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería en causa seguida contra el mismo por un delito contra la ordenación del territorio, **casando** y **anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de **Gumersindo** , condenándole a las costas causadas a su instancia.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Perfecto Andres Ibañez D. Manuel Marchena Gomez D. Antonio del Moral Garcia



SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil trece.

Por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, en el procedimiento abreviado núm. 16/2008, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 1 de Huércal Overa, se dictó sentencia de fecha 22 de mayo de 2013, que ha sido **casada** y **anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la **ponencia** del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Por las razones expuestas en el FJ 4º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del tercer motivo de los formalizados por Pascual, procediendo a rebajar las penas impuestas a éste en un grado, como autor de un delito contra la ordenación del territorio, en la redacción vigente en la fecha de comisión de los hechos.

III. FALLO

Se dejan sin efecto las penas de prisión e inhabilitación impuestas por el tribunal de instancia a **Pascual** y se condena a éste, como autor de un delito ya definido contra la ordenación del territorio, a la pena de 5 meses de prisión, y a la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio de constructor o promotor por tiempo de 5 meses. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia -con especial referencia a la pena de multa- en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Perfecto Andres Ibañez D. Manuel Marchena Gomez D. Antonio del Moral Garcia

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.