

Roj: **STS 3049/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3049**Id Cendoj: **28079120012014100541**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/07/2014**Nº de Recurso: **32/2014**Nº de Resolución: **568/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL MAZA MARTIN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP IB 2161/2013,**
STS 3049/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil catorce.

En los recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuestos por Ambrosio , Braulio y Edemiro contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 1ª) que les condenó por delitos **contra la ordenación del territorio y continuado de prevaricación urbanística**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sras. Uriarte Tejada y Rubio Peláez, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Ibiza instruyó Procedimiento Abreviado con el número 188/2011 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª que, con fecha 29 de octubre de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Son hechos probados y así expresamente se declaran los siguientes:

1.- El acusado **Braulio** , mayor de edad, sin antecedentes penales y no privado de libertad por esta causa, adquirió en virtud de escritura de compraventa de fecha 25 de febrero de 2.004 otorgada ante el Notario de Ibiza D. Juan Acero Simón, el terreno sito en el Polígono NUM000 , NUM001 DIRECCION000 , en Sant Mateo, localidad de Sant Antoni de Portmany, ubicado en suelo rústico protegido, clasificado, en virtud de la Ley de Espacios Naturales de las Islas Baleares como suelo no urbanizable, área natural de interés paisajístico (SRP-ARIP), con una superficie de 9.435 metros cuadrados, en el cual se había construido, al parecer antes del 1 de marzo de 1.987, una vivienda unifamiliar aislada de planta baja, con una superficie total construida de 40 metros cuadrados, distribuida en diversas dependencias y habitaciones; inmueble que dispone de cédula de habitabilidad de carencia expedida el 18 de junio de 2.004.

En fecha 29 de marzo de 2.005 se presentó por parte de! acusado Braulio , en cuanto promotor de las obras que se especificarán, instancia a! Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, en virtud de la cual solicitaba la concesión de permiso de obra mayor para la reforma y ampliación de la vivienda existente, presentando a tal efecto Proyecto de reforma y ampliación de vivienda unifamiliar aislada redactado por la Arquitecto Dña. Guadalupe , con nº de visado colegial NUM002 de fecha 28 de marzo de 2.005, el cual preveía una ampliación total sobre rasante de 117,50 metros cuadrados y de 137, 95 metros cuadrados totales bajo rasante (sótano), dando lugar al **Expediente Municipal NUM003** , pese a que por error en el acuerdo de concesión de licencia se reflejó como nº de expediente municipal el NUM004 .



Previa tramitación de dicho expediente, se llevaron a cabo diversos trámites entre los que se incluía un expediente previo de legalización de la vivienda preexistente de 40 metros cuadrados y la ampliación en 12,5 metros cuadrados, tramitado bajo el n° **NUM004** presentando a tal efecto Proyecto redactado por la Arquitecto Dña. Guadalupe de fecha 17 de marzo de 2.006, con número de visado NUM005, siéndole concedida la licencia de obra mayor de legalización de la vivienda unifamiliar existente y ampliación el 30 de mayo de 2.006.

Una vez concluidos los trámites llevados a cabo en el seno del Expediente Municipal NUM003, en virtud de sesión celebrada el **22 de noviembre de 2.006**, la Junta de Gobierno acordó conceder al solicitante la licencia de obra mayor. En dicho expediente, el acusado Edemiro, mayor de edad, sin antecedentes penales y no privado de libertad por esta causa, en su condición de Aparejador Municipal del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, en fecha 18 de abril de 2.005 emitió informe técnico favorable, haciendo constar que, a excepción del parámetro de parcela mínima, el proyecto básico y de ejecución presentado cumplía la normativa en el resto de parámetros aplicados a la superficie aportada, a sabiendas de que la finca sobre las que se proyectaban dichas obras no cumplía el requisito de la parcela mínima fijado en 25.000 metros cuadrados según el artículo 14 de la Ley 1/91 de 30 de enero de Espacios Naturales y Régimen Urbanístico de las áreas de especial protección de Islas Baleares y la norma 10, punto 1.3 b) del Plan Territorial Insular de Ibiza y Formentera y sin contar con el informe previo y vinculante de la Comisión Insular de Urbanismo del Consell Insular exigido con arreglo al artículo 36 de la Ley 6/1997, de 8 de julio, de Suelo Rústico de las Islas Baleares.

Iniciadas las obras en fecha indeterminada pero en todo caso entre marzo de 2.005 y octubre de 2.008 por la entidad constructora "Wong Ibiza S.L." de la cual el acusado Braulio es el Administrador Único, éste presentó en fecha 8 de mayo de 2.007 ante el Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, solicitud de modificación de proyecto básico y de ejecución de reforma y ampliación de vivienda unifamiliar aislada y piscina redactado en fecha 10 de abril de 2.007 por el Arquitecto acusado Ambrosio, mayor de edad, sin antecedentes penales y no privado de libertad por esta causa, con n° de visado NUM006 de 23 de abril de 2.007. Dichas obras consistían en que partiendo de la vivienda existente de 50,12 metros cuadrados, se reduciría derribando 20,71 metros cuadrados, se ampliaría en planta baja con 127,66 metros cuadrados y debajo se dispondría la planta sótano de 152,70 metros cuadrados. Dicha solicitud dio lugar a la incoación del Expediente Municipal NUM007, en cuyo seno el acusado Edemiro, en fecha 16 de junio de 2.007, emitió informe en el sentido de que las modificaciones proyectadas en el referido proyecto, que complementaba el anterior amparado por licencia concedida el 22 de noviembre de 2.006 (Expediente Municipal NUM003), cumplían los parámetros que le son de aplicación, informando así favorablemente a las modificaciones y construcción de una piscina, con el más absoluto desprecio a la normativa aplicable que obligatoriamente debía conocer por razón de su cargo, esto es, que la finca sobre las que se proyectaban dichas obras no cumplía el requisito de la parcela mínima fijado en 25.000 metros cuadrados, según el artículo 14 de la Ley 1/91 de 30 de enero de Espacios Naturales y Régimen Urbanístico de las áreas de especial protección de Islas Baleares y la norma 10, punto 1.3 b) del Plan Territorial Insular de Ibiza y Formentera y sin contar con el informe previo y vinculante de la Comisión Insular de Urbanismo del Consell Insular exigido con arreglo al artículo 36 de la Ley 6/1997 de Suelo Rústico de las Islas Baleares y a sabiendas de que el proyecto suponía de una alteración de la configuración, distribución y funcionalidad que desvirtuaba por completo el proyecto inicial, suponiendo una nueva vivienda con arreglo a la norma 13 del Plan Territorial Insular (PTI).

A la vista del alcance de la ampliación, la Concejala Delegada de Urbanismo y la Funcionaria del Departamento propusieron en fecha 29 de abril de 2.008 a la Junta de Gobierno remitir el expediente al Consell Insular d'Eivissa a los efectos de que por la Comissió Insular d'Ordenació del Territori, Urbanisme i Patrimoni Historicartístic (en adelante CIOTUPHA) se emitiera el informe previo y vinculante a que se refiere el artículo 36 de la Ley 6/1997 de Suelo Rústico de las Islas Baleares; remisión que fue acordada en virtud de acuerdo de fecha 23 de junio de 2.008 por la Junta de Govern Local en sesión celebrada el 30 de abril de 2.008, aperturándose así el expediente de obras en suelo rústico n° NUM008.

En fecha 29 de octubre de 2.008 el celador del Departamento de Política Territorial efectuó inspección en el terreno propiedad del acusado Sr. Braulio, constatando que la edificación estaba en la fase final de ejecución así como que en el cartel identificador constaba la autorización de legalización de la construcción preexistente (NUM004), pero no la relativa a la obra que se estaba ejecutando y que no autorizaba su ejecución. Así dicho cartel identificador exponía: "Expediente NUM004 Obra Mayor de reforma y ampliación de vivienda un aislada aprobada el 22 de noviembre de 2.006, siendo la fecha de caducidad el 22 de noviembre de 2.008, constando como titular de la licencia Braulio, el Arquitecto Ambrosio, el constructor Wong Ibiza S.L.

Como consecuencia de inspecciones realizadas por los servicios municipales los días 19 de noviembre de 2.008 y 1 de diciembre de 2.008, al constatarse que la vivienda había sufrido un aumento de volumen y se estaba construyendo un sótano que no aparecía en la licencia concedida, se aperturó en fecha 21 de noviembre de 2.008 Expediente de Disciplina Urbanística NUM009.



Posteriormente, la Junta de Gobierno, en sesión celebrada el 16 de febrero de 2.009 adoptó el acuerdo de iniciar el expediente de caducidad de la licencia de obra mayor con n° de referencia NUM010 de 23 de marzo de 2.006 (referencia errónea al corresponder al n° de expediente NUM003) concedida el 22 de noviembre de 2.006 a la par que iniciar los trámites para la posible concesión de nueva licencia de obra mayor, según solicitud presentada con el n° de referencia NUM007 de fecha 8 de mayo de 2.007, con proyecto visado redactado por el acusado Sr. Ambrosio NUM006 de 23 de abril de 2.007.

En fecha 9 de marzo de 2.009, en el seno del expediente NUM007 , la técnico municipal Sra. Eva María , emitió informe desfavorable a la concesión de la referida licencia de obra mayor por considerar que la ampliación solicitada sobrepasaba la ampliación permitida para viviendas existentes sin parcela mínima, dictándose en fecha 10 de marzo de 2.009 acuerdo de la Junta de Govern Local, denegando la licencia solicitada para realización de la reforma y ampliación descritas en el Proyecto redactado por el Arquitecto Sr. Ambrosio y continuar el procedimiento de disciplina urbanística por las obras realizadas sin licencia o sin ajustarse a la licencia concedida.

II.- La obra verdaderamente ejecutada sin licencia ha supuesto la construcción de 305 m2 desde los 52,5 m2 de la edificación preexistente, que ha sido alterada en su configuración, distribución y funcionalidad, tratándose, en realidad, de una edificación de nueva planta. "[sic]

SEGUNDO. - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLO:**

1.- Debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Braulio como autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de **NUEVE MESES DE PRISIÓN, MULTA DE QUINCE MESES** a razón de una cuota diaria de 12 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para la profesión u oficio relativo a la promoción o construcción de vivienda por sí o por persona física o jurídica interpuesta por tiempo de un año, y al pago de las costas procesales.

II. - Debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS a Ambrosio** , como autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de **NUEVE MESES DE PRISION, MULTA DE QUINCE MESES** a razón de una cuota diaria de 12 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para la profesión de técnico director por tiempo de un año y al pago de las costas procesales.

III.- Debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Edemiro , como autor responsable de un delito continuado de prevaricación urbanística, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de **UN AÑO y SEIS MESES DE PRISION**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años y seis meses y costas procesales.

IV.- Asimismo y de conformidad con el artículo 319.3 del Código Penal , los acusados, conjunta y solidariamente, deberán proceder a su costa a la demolición de lo ilegalmente construido o a su cargo abonando los gastos generados, con aplicación del artículo 576 de la LEC , a fin de reponer la edificación a su estado primitivo de 52,50 m2, bajo la supervisión, control y conformidad de los Servicios Técnicos del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany y de la Consellería de Medio Ambiente del Govern Balear.

Para el cumplimiento de las penas impuestas, les serán de abono los días de privación de libertad sufridos por la presente causa.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndolas que la misma no es firme y contra ella podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, recurso que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la notificación. "[sic]

TERCERO. - Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. - El recurso interpuesto por **Ambrosio** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artº. 24. 2º de la Constitución española , que consagra el derecho fundamental



a la presunción de inocencia, ante la ausencia de actividad probatoria sobre la que fundamentar los hechos probados de la sentencia.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artº. 319. 1º del Código Penal, en cuanto el mismo ha sido indebidamente aplicado.

QUINTO.- El recurso interpuesto por **Braulio** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artº. 24. 2º de la Constitución española, en cuanto consagra el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ante la ausencia de actividad probatoria sobre la que fundamentar los hechos probados en la sentencia.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artº. 319. 1º del Código Penal, en cuanto el mismo ha sido indebidamente aplicado.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artº. 21. 6º del Código Penal.

SEXTO.- El recurso interpuesto por **Edemiro** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, artº. 5. 4º de la L.O.P.J., ambos en relación con el artº. 24. 1. 2º de la Constitución española, en concreto por vulneración del principio acusatorio.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artº. 320 del Código Penal.

Tercero.- Por error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuarto.- Por infracción del artº. 851. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por hacerse figurar en los hechos de la sentencia conceptos jurídicos que implicarían predeterminación del fallo.

SÉPTIMO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en informe de 25 de febrero de 2014, solicitó la inadmisión de todos los motivos del recurso interpuesto y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para la vista prevenida, se celebró la misma el día 28 de mayo de 2014, habiendo comparecido los letrados, Pedro Bermúdez Belmas en defensa de Ambrosio, Miguel Ángel Sampedro Roderas en defensa de Braulio y Carlos Perelló Oliver en defensa de Edemiro. Comenzando la deliberación en dicho día, dada la complejidad de los temas a tratar, concluyó el día 7 de julio de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) RECURSO DE Edemiro :

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia como autor de un delito continuado de prevaricación urbanística a las penas de un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años y seis meses, fundamenta su Recurso de Casación en cuatro diferentes motivos que el correcto orden lógico procesal nos lleva a comenzar por el examen del Cuarto y último de ellos, dado su carácter de quebrantamiento formal, que, con base en el artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alude a la inclusión en el relato de Hechos de la recurrida de expresiones que predeterminan el Fallo posterior, en concreto cuando se afirma, respecto de la vivienda objeto del procedimiento, "...que ha sido alterada en su configuración, distribución y funcionalidad, tratándose, en realidad, de una edificación de nueva planta."

Pues bien, el vicio formal denunciado se produce cuando se emplean en lo que debe ser una neutral descripción de la verdad histórica, obtenida como consecuencia del resultado que ofrezca la valoración que el Juzgador efectúa sobre el material probatorio disponible, términos que anticipan y condicionan la ulterior conclusión jurídica en que el Fallo consiste.

Procede en tal caso la censura no tanto por lo que de irregularidad formal supone el ubicar en un apartado de la Resolución, los Hechos probados, algo que en realidad corresponde a la motivación jurídica de la parte dispositiva, cuanto, y esto es lo verdaderamente relevante, porque con ese defecto, de admitirse y dada la intangibilidad que el relato de Hechos ofrece frente al examen del Tribunal de casación, se estaría impidiendo la revisión de la correcta aplicación de la norma al supuesto fáctico o, en otro caso, forzando la automática



confirmación de ésta, al situarse en la premisa inicial lo que sólo puede formar parte de la conclusión de ese razonar en que la Sentencia judicial consiste.

De ahí que las expresiones o términos cuya eficacia predeterminante se afirma han de ostentar un carácter técnico jurídico, como integrantes del tipo penal descrito en la norma, y, en general, que no sean utilizados en el lenguaje común o profano. Que resulten tan determinantes del Fallo que, de su supresión en la narración, se siga la ausencia de un verdadero sustento fáctico para éste (SsTS de 8 y 18 de Junio de 2001 , entre otras muchas).

Con tales puntualizaciones resulta fácil de ver la improcedencia de la pretensión del recurrente, que señala como expresión condicionante del Fallo la que anteriormente se ha transcrito.

Dicha frase, evidentemente, no es de naturaleza exclusivamente técnico jurídica y se corresponde, tan sólo, con la lógica y comprensible descripción de lo que la Audiencia tuvo por probado y cuya omisión hubiera incurrido, precisamente, en una laguna expositiva conducente a la ausencia de precisión respecto de lo acontecido.

Razones por las que el motivo, de carácter formal, ha de desestimarse.

SEGUNDO.- A su vez, el motivo Primero se refiere a la vulneración de derechos fundamentales, a través del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24.1 de la Constitución Española , en concreto a la supuesta infracción del derecho a un proceso con garantías en lo que atiende al respeto del principio acusatorio, toda vez que el Ministerio Fiscal interesó una pena de inhabilitación para el ejercicio de empleo o cargo público por tiempo de ocho años, tan sólo, mientras que la condena fija esa duración en los ocho años y seis meses.

A tal respecto hay que señalar que si bien en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 26 de Diciembre de 2006, se acordó, interpretando el alcance del principio acusatorio en lo que a la coherencia entre la pretensión punitiva y la aplicación de la sanción se refiere, que *"El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones..."*, dicho Acuerdo se complementó posteriormente, en Pleno de 27 de Noviembre de 2007, por otro que dice *"El anterior acuerdo de esta Sala de fecha 26 de Diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la Sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena."*

Resultando en este caso de aplicación este segundo criterio, ya que la pena mínima imponible, de acuerdo con la calificación como delito continuado de la prevaricación atribuida al recurrente, no es la de ocho años de inhabilitación sino la de ocho años y seis meses que, acertadamente, impuso la Audiencia, de acuerdo con los razonamientos expuestos en el párrafo último del Fundamento Jurídico Quinto de su Resolución.

Siendo por tanto éste el criterio vigente en nuestra doctrina, el motivo ha de desestimarse.

TERCERO.- A continuación, el motivo Tercero del Recurso alega, con cita del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la existencia de un error de hecho en el que habrían incurrido los Jueces *"a quibus"* a la hora de valorar la prueba documental obrante en las actuaciones, en concreto los informes emitidos por el propio recurrente favorables al proyecto básico y de ejecución de obra, al entender que cumplía la normativa aplicable a excepción del parámetro de parcela mínima (folio 126 del Anexo II) y a la modificación de dicho proyecto sobre ampliación y proyecto de piscina que está amparado por licencia concedida en fecha 22 de Noviembre de 2006 (folio 18 del Anexo I, reverso) y por la Arquitecto municipal favorable a la ampliación de licencia de vivienda unifamiliar en suelo rústico el 9 de Noviembre de 2006 (número de expediente NUM004 OBRA MAYOR), así como la licencia otorgada por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany en sesión de 22 de Noviembre de 2006 (folio 78).

En tal sentido es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.



Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significativamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SsTS de 23 de Junio y 3 de Octubre de 1997 , por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "*litosuficiente*" , es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de Julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "*documentada*" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "*documento*" a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de Diciembre de 1992 y 24 de Enero de 1997 , entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de Junio y 24 de Septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, el motivo mencionado, en el presente supuesto, claramente aparece como infundado, ya que, además de la ausencia del necesario carácter de litosuficiencia de los Informes designados en el Recurso, hay que tener en cuenta que la Audiencia ya tuvo en cuenta y valoró, razonablemente tales informes y su relación con la licencia que igualmente se menciona, en el Fundamento Jurídico Primero de su Resolución, por lo que la verdadera pretensión del Recurso consiste, tan sólo, en la disputa acerca de esa valoración, no pudiendo, en modo alguno, afirmarse la existencia de un error evidente, obvio e indudable en el criterio seguido por el órgano de instancia, que pudiera modificar la conclusión condenatoria.

Razones por las que, de nuevo, este motivo también se desestima.

CUARTO.- Por último, el motivo Segundo hace referencia a la infracción de Ley consistente en la indebida aplicación del artículo 320.1 del Código Penal , que describe el delito de prevaricación urbanística objeto de condena, a los Hechos declarados como probados por la Resolución de instancia (art. 849. 1º LECr), esencialmente porque los informes emitidos por el recurrente no llegaron a dar lugar a un acto administrativo, ni a la concesión de licencia ni a la adopción de decisión de clase alguna.

El cauce casacional ahora utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia inicialmente.

En este sentido, es clara la improcedencia también de este motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, al aplicar el artículo 320.1 del Código Penal vigente, al que se ha hecho mención, ya que la conducta del recurrente, según dicha narración, incorpora todos los elementos integrantes de la infracción, es decir, la emisión de informes favorables, por funcionario público, a sabiendas de su injusticia, respecto de aspectos tales como la construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes.

Y eso precisamente es lo que se atribuye al recurrente que, en su condición de Arquitecto Técnico municipal, emitió informes favorables contrarios a la norma aplicable, con pleno conocimiento de tal irregularidad, de acuerdo con lo que al respecto se razona en la Sentencia recurrida.



De manera que, dado el carácter de delito de mera actividad, que se consuma con la sola emisión de tales informes, sin necesidad de que éstos den lugar a Resolución administrativa alguna, la calificación jurídica llevada a cabo por la Audiencia es del todo correcta, sin que constituya infracción legal de clase alguna.

Por tales razones, de nuevo estamos ante un motivo que ha de ser desestimado y, con él, este Recurso en su integridad.

B) RECURSO DE Braulio :

QUINTO.- El segundo recurrente, condenado por la Audiencia como autor de un delito contra la ordenación del territorio, a las penas de nueve meses de prisión y multa, articula su Recurso en tres distintos motivos, de los que en el Primero de ellos se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente (art. 852 LECr, en relación con el 24.2 CE), toda vez que, según se dice, ni existe prueba que acredite la afirmación de que finalmente lo construido fueran 305 metros cuadrados de vivienda ni tampoco el elemento subjetivo de la infracción, es decir, el que quien recurre conociera la ilegalidad de las obras, teniendo en cuenta el tiempo que duraron, el pago de los correspondientes impuestos, la inactividad de la Administración durante ese largo tiempo, etc.

Argumentos que han de rechazarse, ya que, como sabemos, la tarea encomendada a este Tribunal de Casación, en orden a la debida tutela del derecho a la presunción inocencia del recurrente, tan sólo nos obliga, además de a ejercer el oportuno control respecto de la validez de las pruebas de que se sirve la Resolución recurrida, extremo que ni plantea problema alguno ni tan siquiera ha sido cuestionado en el caso presente, a examinar la racionalidad de esa valoración y, en concreto, la adecuada correspondencia entre lo que se afirma como probado y los elementos en que dicho afirmación se funda.

No se trata por tanto de enmendar, en ningún caso, el criterio aplicado por la Audiencia a la hora de optar entre varias posibles alternativas acerca del significado probatorio de los elementos de que dispuso, sino tan sólo de comprobar que el relato de Hechos, declarados como probados y sobre los que se ha de asentar el pronunciamiento de aquella, se corresponde, realmente, con una de esas opciones lógicas en la interpretación del material acreditativo disponible, realizada sobre la base de una suficiente racionalidad y grado de certeza.

Y en este supuesto ha de estimarse que esa "*racionalidad*" en el argumentar lógico de la Sentencia recurrida, a la hora de vincular el resultado de las diferentes diligencias probatorias con la conclusión fáctica de ellas extraída, concurre plenamente, a la vista del contenido de las propias declaraciones de los acusados, las de los testigos que declararon en el acto del Juicio oral, informes periciales realizados y documentos que se aportaron.

Elementos probatorios que son todos ellos examinados con pormenor y acierto en el apartado A) del Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia recurrida, con criterio que no merece ser corregido por este Tribunal.

En efecto, en cuanto a la superficie que en realidad llegó a construirse finalmente no sólo la Sala de instancia dispuso de las referidas pruebas sino que, lo que es mucho más importante para salir al paso de las alegaciones vertidas en el Recurso, en definitiva dicho dato no ostenta valor suficiente para alterar la calificación aplicada por la Audiencia pues, en todo caso, esa diferencia en los metros construidos, sean 300 o la mitad, no excluye la comisión del ilícito ya que, de cualquier forma, se vieron superadas las posibilidades constructivas permitidas por la norma.

Mientras que por lo que se refiere al conocimiento por parte de Braulio de la ilicitud de su conducta, igualmente los Jueces "*a quibus*" afirman su existencia con razonamientos tan evidentes como el de la búsqueda de una situación de clandestinidad, alterando incluso el número de expediente en el cartel que figuraba en la obra. Conclusión razonable si se tiene en cuenta la dificultad que siempre conlleva la acreditación mediante pruebas directas de los elementos subjetivos de la infracción y máxime cuando, como en este caso, existen otros indicios tales como el cambio de constructor contratado para la finalización de la obra.

Por consiguiente, al no poder considerarse de ningún modo irracional, la conclusión fáctica alcanzada por la Audiencia, ni en cuanto a los aspectos objetivos del delito ni por lo que al dolo de su autor se refiere, el motivo se desestima.

SEXTO.- Seguidamente, los otros dos motivos del Recurso denuncian sendas infracciones de Ley (art. 849. 1º LECr) por la indebida aplicación del artículo 319.1 del Código Penal , que tipifica el delito contra la ordenación del territorio, y la inaplicación del 21. 6ª, relativo a la atenuante de dilaciones indebidas.

Por tanto, partiendo de los criterios generales de aplicación de este cauce casacional, en lo referente al respeto obligado a la literalidad del relato de hechos de la recurrida, cumple decir lo siguiente:



1) Lo correcto de la aplicación del tipo delictivo del artículo 319, pues la narración fáctica de la Sentencia se corresponde plenamente con la descripción de ese delito, ya que se trata del promotor de una obra que vulnera, sabiéndolo, la normativa aplicable a la misma, en los términos en los que el referido precepto se expresa, ubicando tal conducta más allá de la mera infracción administrativa y excediendo, según ese relato y contra lo que en el Recurso se sostiene, los términos de las licencias concedidas (SsTS de 28 de Marzo de 2006 y 27 de Noviembre de 2009 , por ej.).

2) Mientras que por lo que se refiere a la atenuante de dilaciones indebidas por el largo período de tiempo que se tardó en el dictado de la Resolución de instancia, aún cuando ya existen pronunciamientos reiterados de esta Sala, el último de ellos en nuestra recentísima Sentencia de 16 de junio de 2014 , que admiten una posibilidad semejante, a pesar de ciertas dudas que la misma pudiera ofrecer al tratarse de una circunstancia acaecida con posterioridad al enjuiciamiento en la instancia, lo cierto es que en el presente caso esa concurrencia atenuatoria resultaría a la postre irrelevante al haberse aplicado ya por el órgano "a quo" unas penas situadas en la mitad inferior de las legalmente posibles. Penas que, por otro lado, resultarían siempre proporcionadas, en relación con la gravedad de los hechos enjuiciados.

Consecuentemente con ello ambos delitos, y el Recurso, deben ser desestimados.

C) RECURSO DE Ambrosio :

SÉPTIMO.- El tercer y último recurrente, condenado también como autor de un delito contra la ordenación del territorio a las penas de nueve meses de prisión y multa, plantea dos motivos, de los que pasamos a analizar en primer lugar, por las razones que seguidamente se comprenderán, el último de ellos, planteado con cita del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en referencia a la indebida aplicación a los hechos declarados probados del artículo 319.1 del Código Penal que describe el delito objeto de condena.

Debiendo recordar para ello la doctrina ya expuesta en nuestro anterior Fundamento Jurídico Cuarto en lo que significa el obligado y estricto respeto al contenido del "*factum*" de la Sentencia recurrida.

Pues bien, a partir de esa intangibilidad de los hechos tenidos por la Audiencia como acreditados, ha de afirmarse la inexistencia, en lo que a este recurrente se refiere, del delito contra la ordenación del territorio objeto de acusación y de condena en la instancia.

En efecto, advertimos cómo, tras hacer referencia a las diversas actuaciones de los otros dos acusados, el relato de hechos atribuye como participación del ahora recurrente en los mismos, la de haber sido el Arquitecto que confeccionó un proyecto de ampliación de vivienda que no se ajustaba a los requisitos legales vigentes y que regían en la zona en la que dicha obra se iba a realizar.

Si examinamos la descripción del tipo penal aplicado se observa que, dentro de su característica como delito especial propio, es decir, sólo susceptible de ser cometido, como autores, por las personas que en la norma concretamente se identifican, en este caso, además de a promotores y constructores, se hace referencia tan sólo a los técnicos directores "*que lleven a cabo*" la realización de las obras irregulares, lo que, a la vista de la literalidad del "*factum*" no era la actividad propia del recurrente que, como dijimos, se limitó a elaborar el proyecto de modificación de la vivienda, pero sin que conste que tomase parte en la ejecución de la misma.

Lo que nos lleva a considerar que no nos hallamos, en esta ocasión, ante la existencia de un delito como el que constituye el objeto de acusación, por mucho que pueda calificarse de profesionalmente inadecuado el trabajo realizado por el recurrente.

De modo que el motivo y el Recurso han de estimarse, procediendo a continuación al dictado de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se recoja el pronunciamiento absolutorio consecuencia de esta estimación.

D) COSTAS:

OCTAVO.- Dado el contenido de la presente Resolución, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la imposición a los recurrentes cuyas pretensiones se desestiman de las costas causadas por ellos, declarándose de oficio las correspondientes al Recurso estimado.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a la estimación de los Recursos de Casación interpuestos por las Representaciones de Edemiro y Braulio contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el 29 de Octubre de 2013 , por delitos de prevaricación urbanística



continuada y contra la ordenación del territorio, a la vez que estimamos el Recurso interpuesto contra la misma por la Representación de Ambrosio , casando, respecto de él, la referida Resolución y debiendo dictarse, a continuación, la correspondiente Segunda Sentencia.

Se imponen a los recurrentes vencidos las costas procesales ocasionadas por sus Recursos, declarando de oficio las de aquel que se estima.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Ibiza con el número 188/2011 y seguida ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera por delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística, contra Braulio con NIE número NUM011 , nacido el NUM012 de 1971, en Ámsterdam, Edemiro con DNI número NUM013 , nacido el NUM014 de 1946, en Valencia y Ambrosio con DNI número NUM015 , nacido el NUM016 de 1942, en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 29 de octubre de 2013 , que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en 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. Jose Manuel Maza Martin, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Séptimo Fundamento Jurídico de los de la Resolución anterior procede, sin necesidad de rectificar el relato de hechos probados de la Resolución de la Audiencia, la absolución del acusado Ambrosio por no constituir tales hechos, en lo que a él se refieren, el delito contra la ordenación del territorio (art. 319.1 CP) objeto de Acusación.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Ambrosio del delito de ordenación del territorio del que venía acusado en las presentes actuaciones, con declaración de oficio de las costas que se le impusieron en la instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de la Audiencia en lo que a las condenas de los otros acusados se refieren.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Perfecto Andres Ibañez

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