

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062970

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 8/2018, de 11 de enero de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 139/2017

SUMARIO:

Delito contra la ordenación del territorio. Delito de prevaricación. Construcción de viviendas sobre una parcela calificadas como suelo urbano, con el carácter de dotacional público destinado al equipamiento. La calificación del suelo y su destino según la norma general de planeamiento del municipio, unido el origen de la finca, determinaba su naturaleza del bien de dominio público municipal, no susceptible de enajenación por el ayuntamiento en tanto no fuera desafectado. El arquitecto acusado, fue requerido para elaborar el preceptivo informe técnico y consciente de que el proyecto (viviendas) no se correspondía con la clasificación equipamental del solar ni con un uso de interés social asistencial o sanitario asociado al carácter del suelo de acuerdo con la normativa urbanística del municipio emitió informe en el que se procedía otorgar licencia municipal de obra. Conociendo el propósito del constructor y consciente que proyecto no se correspondía con la clasificación equipamental informó favorablemente sobre el cumplimiento de las normas de planeamiento. El acusado como funcionario encargado de la garantía y observancia de las normas de planeamiento se le impone también la pena de inhabilitación especial por siete años para el cargo de arquitecto municipal, sin constreñirlo solo al lugar en que se cometió el hecho delictivo. Como criterio general de imposición de costas en el caso de concurrencia de una acusación particular y una acusación popular, la regla general es que la condena en costas no incluye las de la acción popular. No obstante, la jurisprudencia, de manera excepcional, ha incluido en la condena en costas a la acusación popular en atención al carácter esencial de la función realizada para contribuir a dar efectividad al ordenamiento jurídico, excepcionalidad que se fundamenta en la función realizada que ha descubierto o desmantelado el delito, sosteniendo de forma relevante el procedimiento, lo que ha posibilitado el restablecimiento del orden jurídico.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 42, 124, 320.1.

PONENTE:*Don Andrés Martínez Arrieta.*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don ANA MARIA FERRER GARCIA

RECURSO CASACION núm.: 139/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 8/2018



Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 11 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación infracción de ley, de precepto constitucional, y quebrantamiento de forma, interpuesto por D. Guillermo , representado por la procuradora Dña. María Belén Jiménez Torrecillas y defendido por el letrado D. Fernando Reyes-Gómez Solana, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, de fecha 7 de octubre de 2016 , que le condenó por delito contra la ordenación territorial, siendo también parte el Ministerio Fiscal; y como partes recurridas D. Ovidio representado por la procuradora Dña. Silvia Vázquez Senín; y Acción Arquitectura y Compromiso Social representada por el procurador D. David García Riquelme y defendida por la letrada Dña. Sara Donaire Llorens.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 6 de Granada, instruyó Procedimiento Abreviado 125/2012 contra Guillermo y otros no recurrentes, por delitos de prevaricación administrativa, contra la ordenación territorial, malversación y estafa-publicidad engañosa, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, que con fecha 7 de octubre de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: anterior con capital 100% municipal teniendo como objeto social "la promoción y participación en aquellas actividades que contribuyan al desarrollo económico y social de Atarfe y que potenciando iniciativas generadoras de riqueza y promoción de empleo, sirvan a los intereses peculiares de la misma", desarrollando entre sus actividades, en materia urbanística y de ordenación del territorio: La adquisición y enajenación de suelo...", vendió a la mercantil "Espartero Promotor de Viviendas SA", a través de su administrador, el acusado Juan Alberto , mayor de edad y sin antecedentes penales, en cuya representación actuaba, una parcela urbana de terreno "destinada a equipamiento" así defmdida en la escritura, sita en Atarfe, Unidad de Ejecución 9 (UE 9), pago del Lunes, con una superficie de 6.413 m2, por el precio de 9.619.500 pesetas más IVA, que la compradora adquiriría con la condición de destinar la finca y las que pudieran en su caso resultar por segregación de la misma, a "equipamientos o usos de interés social", lo que quedaría acreditado con el otorgamiento de la licencia de edificación.

Esta parcela procedía de la segregación de otra mayor de 9.482, 95 m2, de titularidad municipal y destinada a equipamientos, integrada en parte con las cesiones obligatorias y gratuitas al Ayuntamiento por los propietarios de los terrenos en la UE 9 a consecuencia de la reparcelación voluntaria acordada por escritura de fecha 23 de octubre de 1997, con destino a equipamientos, zonas verdes y viales, y en otra parte a la ocupación directa por el Ayuntamiento de otros terrenos a ciertos propietarios (los hermanos Hoffman) para dotaciones públicas y parte de un vial, con destino a equipamiento público, acordado por acta de la Comisión de Urbanismo de fecha 3 de julio de 1996 en expediente tramitado al efecto y materializada el 4 de noviembre siguiente.. Y esa parcela resultante de la agrupación indicada, a su vez se dividió en cuatro, una destinada .a viales, y otras tres destinadas a equipamientos: la que después fue vendida a la sociedad del Sr. Juan Alberto (posteriormente inscrita en el Registro de la Propiedad de Santa Fe como fmca registral núm. NUM000), y otras dos de menor extensión de 1.000 y 800 m2 respectivamente.

La finca en cuestión fue cedida gratuitamente a la sociedad municipal Proyecto Atarfe SA por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Atarfe como bien integrante del Patrimonio Municipal del Suelo, y aceptada por el



Consejo de Administración de la sociedad municipal, quien por unanimidad de sus miembros a propuesta de su Presidente, el alcalde Sr. Ovidio, en reunión de fecha 6 de febrero de 1998, acordó enajenada por precio entre 1.500 y 2.000 pesetas m², siendo de cargo del comprador los gastos de urbanización, para que se destinasen a equipamientos o usos de interés social tales como residencia de la tercera edad, tanatorio o estación de servicio, autorizando al presidente a realizar las gestiones oportunas y a la firma de los documentos necesarios, a consecuencia de lo cual éste otorgó la escritura de compraventa antedicha con el Sr. Juan Alberto.

No consta que el Sr. Juan Alberto tuviera conciencia del origen de la finca adquirida ni de la naturaleza de la misma.

II.- De acuerdo con las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Atarfe entonces en vigor hasta la fecha, instrumento de planeamiento urbanístico del municipio según el texto revisado aprobado el 3 de febrero de 1994 y publicado en el BOJA el 26 siguiente, el terreno en cuestión está clasificado de acuerdo con su ficha y plano como suelo urbano, y calificado como "dotacional público" destinado a equipamiento. La norma 29-9 define entre los distintos tipos de edificación los de "equipamiento" como los correspondientes a actividades relacionadas con la dotación de servicios de interés público y social para satisfacer las necesidades colectivas de la población, cuya titularidad puede ser pública o privada. Y entre los usos de las edificaciones, la norma 30 los clasifica en a), usos de vivienda, b), de industria y c), de uso público, entre los cuales se encuentra la categoría de los sanitarios y asistenciales.

La calificación del suelo y su destino según esa Norma general de planeamiento del municipio, unido al origen de la finca, determinaba su naturaleza de bien de dominio público municipal, no susceptible de enajenación por el Ayuntamiento en tanto no fuera desafectado.

III.- Por resolución de la alcaldía de fecha 19 de abril de 1999, el acusado Guillermo, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue contratado como arquitecto municipal en régimen laboral temporal, sin que conste en los archivos del Ayuntamiento ninguna otra relación previa con él. En esa condición de arquitecto municipal e ignorándose la fecha concreta, recibió del alcalde Sr. Ovidio el encargo de acompañar a Juan Alberto a Málaga para ver in situ dos complejos residenciales de la tercera edad y estudiar con ello la viabilidad de una idea que el Sr. Juan Alberto había concebido para construir, en la parcela equipacional adquirida a Proyecto Atarfe en diciembre de 1998, una edificación de viviendas, locales y garajes sometidas al régimen de propiedad horizontal para venderlos a particulares en el mercado privado.

Tras recibir de palabra el Sr. Juan Alberto el visto bueno del Ayuntamiento a su idea, el 4 de noviembre de 2002 presentó a éste, en nombre de otra sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria denominada "Residencial La Estrella de Atarfe SL" de la que también era administrador; solicitud de licencia de obra nueva en el solar a la que acompañaba un proyecto básico de edificación de dos bloques compuestos de 116 apartamentos en total destinados a viviendas para personas mayores, con locales comerciales y plazas de garaje, denominado "DIRECCION000", que desarrollaba tan sólo la ejecución de la primera fase o módulo A con 56 apartamentos, locales y garajes, sin que en la memoria del proyecto se hiciese mención alguna a instalaciones sanitarias, asistenciales u otras relacionadas con la cobertura de las necesidades propias de los ancianos destinatarios de las viviendas, ni nada que indicase que el edificio iba a dedicarse a residencia de ancianos u otro centro asistencial similar.

Dicha solicitud dio lugar al expediente núm. NUM001 del Ayuntamiento de Atarfe, en el que se requirió el preceptivo informe técnico al arquitecto municipal Sr. Guillermo, el cual, conociendo el propósito del Sr. Juan Alberto y consciente de que el proyecto no se correspondía con la clasificación equipamental del solar ni con un uso de interés social asistencial o sanitario asociado al carácter del suelo de acuerdo con la normativa urbanística del municipio, con fecha 22 de noviembre de 2002 emitió informe en el que indicaba que a la vista del proyecto y teniendo en cuenta los planes de urbanismo vigente en el municipio, procedía "otorgar licencia municipal de obra, con la condición de equipamental".

Emitido dicho informe, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, por acuerdo de fecha 25 de noviembre siguiente, otorgó a la promotora la licencia de obra nueva interesada.

IV.- El Sr. Juan Alberto, obtenida la licencia municipal, acometió la construcción sucesiva de los dos bloques entre 2002 y 2006, el de la segunda fase tras recibir igualmente la licencia de obras del Ayuntamiento sobre la base del correspondiente proyecto de ejecución en desarrollo del primero. Siguiendo las directrices que había recibido del Ayuntamiento, fijó los precios de la compraventa en una cantidad módica por debajo de los precios de mercado en aquellos tiempos en consonancia con el bajo precio de adquisición del terreno a la empresa municipal, esperando obtener el correspondiente lucro empresarial de la venta libre, a precios de mercado, de los locales de comercio y plazas de garaje, posteriormente también de los trasteros que construyó en el edificio de la segunda fase. Y aunque la idea era la de vender un apartamento por persona que además reuniera alguna de las condiciones de los

destinatarios para los que los pisos estaban pensados -mayores de 60 años, jubilados o personas con alguna, discapacidad-, procedió en algunos casos a vender varios apartamentos a la misma persona, si bien en las correspondientes escrituras de compraventa introdujo una cláusula denominada "pacto obligacional sin trascendencia real" por la cual las partes declaraban que tenían conocimiento de que la edificación en que se ubicaba la finca objeto de la compraventa se construyó con la finalidad de que en la misma habitaran mayores de 60 años o jubilados o personas con alguna discapacidad, y en consecuencia, el adquirente se obligaba a destinar la finca a la residencia de personas que reunieran dichas condiciones, y en caso de enajenación o alquiler, también se obligaba a incluir esta cláusula en los contratos que celebrara. De esta forma, se dejaba el destino para el que estaban concebidos los pisos en manos de la buena voluntad del comprador y los sucesivos adquirentes, sin control de ningún tipo por parte del Ayuntamiento que, a partir del otorgamiento de las licencias de primera ocupación que también otorgó, se desentendió de esta cuestión apelando a las acciones civiles que individualmente cada propietario o la Comunidad de Propietarios de cada edificio pudiera ejercer contra el incumplidor con arreglo a la Ley de Propiedad Horizontal.

Esto ha provocado que en la práctica muchos de los ocupantes de los pisos sean hoy jóvenes, familias con niños, o personas que no reúnen las condiciones indicadas.

En cuanto a los locales comerciales, el Sr. Juan Alberto se reservó la propiedad de algunos, instalando en ellos negocios que o bien ha explotado directamente, bien mediante arrendamiento, y otros los ha vendido, donde entre otras actividades se han ejercido las de clínica médica privada, peluquería, lavandería, asadero de pollos... y otros servicios abiertos al público en general y a precios de mercado, sin demanda significativa de los residentes.

Al tiempo que se empezaba a construir el primer edificio, aun ignorando fechas concretas, el alcalde Sr. Ovidio se implicó con el Sr. Juan Alberto ofreciendo la promoción como una idea común para el cumplimiento de los objetivos sociales del Ayuntamiento de Atarfe, celebrándose al menos tres reuniones públicas a la que concurren ambos y personas interesadas ante los que presentaban los futuros edificios como un conjunto residencial destinado para personas mayores en cuyos locales se instalarían servicios privados a pagar por los ocupantes de las viviendas, que les facilitarían la vida sin necesidad de salir del recinto. Y también difundió el Sr. Juan Alberto entre los interesados un DVD publicitario en esa misma línea, donde él mismo se presentaba como autor de la idea acogida por el Ayuntamiento con interés, autodefiniéndose como un empresario ejemplar, ofreciendo el Residencial en proyecto como un ambiente de mejora de la calidad de vida en respuesta al empeño del Ayuntamiento, un habitat exclusivo de seguridad y confort para las personas que "han superado las etapas más activas de la vida", en busca de tranquilidad, buen ambiente y mejores servicios, ofreciendo entre los servicios que se instalarían en los locales para el esparcimiento: un centro de día para mayores, club de jubilados, restaurante con catering, peluquería, podólogo, fisioterapeuta, teleasistencia...

Sin embargo, nada de esto se hizo constar en los concretos contratos de compraventa que se fueron celebrando en escritura pública entre el Sr. Juan Alberto (en representación de la promotora correspondiente) y los compradores otorgados a lo largo de 2004 los referentes a la primera fase, y a lo largo de 2006 los de la segunda: en todas las escrituras consta una referencia textual a los Estatutos de la Comunidad de Propietarios ya aprobados sobre el destino de las distintas fincas que componían cada comunidad autorizando a los titulares, sin necesidad de obtener el consentimiento de los demás o de la Comunidad de Propietarios, a destinarlos a cualquier fin lícito, entre paréntesis: "especialmente para residencia de personas mayores y servicios a las mismas". Consta por otro lado que entre los reclamantes acusadores, hay al menos dos -D. Jose Carlos y Da Esther - que compraron su apartamento en la segunda fase, ambos en 2006, a otros propietarios anteriores y no al Sr. Juan Alberto y por precio superior al que éste pedía (por regla general, 36.000 euros para los pisos de la primera fase, 40.000 para los de la segunda salvo ligeras variaciones en función de la mayor superficie), y otros, como los cónyuges D. Aureliano y Da Salome, que compraron dos pisos, uno en 2004 en la primera fase que adquirieron directamente del Sr. Juan Alberto, y otro en 2008 que compraron de segunda mano en la segunda fase a otros propietarios por el precio de 108.812 euros".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Que, dejando imprevista la acción contra el acusado Ovidio, debemos absolver y absolvemos libremente a D. Heraclio del delito continuado de prevaricación ordinaria, del delito de prevaricación urbanística y del delito de malversación de que se le acusaba en el presente proceso: a D. Guillermo de los delitos de prevaricación ordinaria y del delito de estafa de que se le acusa, y del de malversación de que se le acusaba; y a D. Juan Alberto de los delitos contra la ordenación del territorio y de estafa o bien de publicidad engañosa de que se le acusa.



Y debemos condenar y condenamos al acusado D. Guillermo , como autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio por la emisión de informe prevaricador del art. 320-1 del Código Penal ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas, a las penas de seis meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de siete años de inhabilitación especial para el cargo de arquitecto municipal del Ayuntamiento de Atarfe, inhabilitación que comprenderá la pérdida definitiva de ese concreto cargo así como la imposibilidad de obtener el mismo u otro similar como técnico en ese o cualquier otro ayuntamiento durante el tiempo indicado; así como al pago de un décimo (la mitad de una quinta parte) de las costas procesales, que comprenderá las causadas a la Acusación Particular y la Acusación Popular en la misma proporción, declarando de oficio el resto.

Dado el tiempo transcurrido y sin necesidad de esperar a la firmeza de esta sentencia, cúmplase lo ordenado en el auto de fecha 19 de mayo de 2015 dictado por este tribunal al rollo de Sala, folios 581 y 582 del tomo I, requiriendo al Instituto de Medicina Legal de Granada para que, previo reconocimiento del acusado D. Ovidio con aportación de cuanta documentación clínica posea, dictamine el médico-forense sobre la evolución de su cuadro clínico y la posibilidad de asistir a juicio a corto plazo sin riesgo grave para su salud o su vida.

Así por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe preparar recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el término de cinco días, como previenen los artículos 855 a 857 de la LECrim ., lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

Y para que conste y en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal extendiendo el presente testimonio para su entrega al procurador para su presentación en la Sala Segunda del Tribunal Supremo para la interposición de recurso de casación contra la indicada sentencia".

Tercero.

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

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Por infracción de la presunción de inocencia (art. 24 de la Constitución Española) en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Segundo.

Por infracción de la presunción de inocencia (art. 24 de la Constitución Española) en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Tercero.

Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del art. 320 CP .

Cuarto.

Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del art. 320 CP .

Quinto.

Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del art. 320 CP .

**Sexto.**

Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del art. 42 CP .

Séptimo.

Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del art. 124 CP .

Octavo.

Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la valoración de documentos.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala de fecha 11 de diciembre 2017 se señala el presente recurso para fallo para el día 19 de diciembre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La sentencia objeto de la casación es condenatoria respecto del recurrente y absolutoria respecto de otros acusados en la instancia lo que ha conformado una sentencia larga para atender el objeto del proceso y en la que el núcleo esencial de la discusión radica en el carácter demanial del suelo. Con respecto al recurrente extraemos de la sentencia unos hechos probados que han sido subsumidos en el delito de prevaricación del artículo 320 apartado uno. Se refiere en el hecho probado que un constructor, absuelto en la sentencia, realiza una construcción sobre una parcela objeto de un particular planeamiento urbanístico en las normas subsidiarias 29 y 30 del plan urbanístico para el ayuntamiento de Atarfe (Granada). De acuerdo a esas normas dichas parcelas son calificadas como suelo urbano, con el carácter de dotacional público destinado al equipamiento. "La calificación del suelo y su destino según esa norma general de planeamiento del municipio, unido el origen de la finca, determinaba su naturaleza del bien de dominio público municipal, no susceptible de enajenación por el ayuntamiento en tanto no fuera desafectado". El recurrente, el 19 abril 1999 fue contratado como arquitecto municipal en régimen laboral temporal y en esa condición acompañó al constructor, absuelto, para estudiar la viabilidad de la idea del mismo en la parcela equipamental para una edificación de viviendas locales y garajes sometidas al régimen de propiedad horizontal y venderlos a particulares en el mercado privado. El acusado, fue requerido para elaborar el preceptivo informe técnico y "conociendo el propósito del Sr. Juan Alberto y consciente de que el proyecto no se correspondía con la clasificación equipamental del solar ni con un uso de interés social asistencial o sanitario asociado al carácter del suelo de acuerdo con la normativa urbanística del municipio, con fecha 22 noviembre 2002 emitió informe en el que se indicaba que a la vista del proyecto y teniendo en cuenta los planes de urbanismo vigente en el municipio procedía otorgar licencia municipal de obra, con la condición de equipamental" se añade que dos años mas tarde se procedió de igual manera con respecto a un segundo bloque de viviendas en la misma parcela.

Formaliza dos motivos iniciales en lo que cuestiona la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y lo realiza desde una perspectiva conjunta que aconseja su tratamiento unitario. Así, en el primer motivo cuestiona un apartado del relato fáctico en el que se afirma que el recurrente conociendo el propósito del constructor y consciente que proyecto no se correspondía con la clasificación equipamental informó favorablemente sobre el cumplimiento de las normas de planeamiento. Indica que esa afirmación supone un juicio inferencial desprovisto de la actividad probatoria que lo legitime. El segundo motivo reitera la misma vulneración en cuanto entiende que no hay pruebas que permitan esa afirmación. El análisis conjunto de ambos motivos nos lleva a la desestimación.

De acuerdo a reiteradas precedentes jurisprudenciales esta Sala ha considerado que el control casacional del derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él corresponde esta función valorativa, sino que autoriza a esta Sala de casación a constatar, de una parte, la existencia de prueba, lícita y regular, con un carácter de prueba de cargo adecuada para conformar un relato fáctico con relevancia penal en los delitos de la acusación. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. El control de racionalidad de la inferencia implica el examen del criterio valorativo del tribunal sentenciador. El juicio de inferencia del Tribunal "a quo" puede ser impugnado por ser contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (entre otras muchas, SSTS 330/2016, de 20 de abril ; 328/2016, también, de 20 de abril ; 156/2016, de 29 de febrero ; 137/2016, de 24 de febrero ; ó 78/2016, de 10 de febrero por citar sólo resoluciones del años del curso.

Desde la perspectiva que se expone basta con una referencia a la fundamentación de la sentencia, fundamento cuarto, para comprobar que efectivamente el tribunal de la instancia ha valorado una actividad probatoria suficiente para considerar enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia que parte, en primer lugar, del examen de la documentación, esto es el proyecto presentado y su correspondencia con las normas subsidiarias y particularmente la 29 y 30, de las que resulta que el ámbito de protección señalado por afectación a dotaciones equipamentales del municipio es incumplido cuando lo edificado son viviendas en las que la referencia al equipamiento es meramente formales y desprovista del ámbito de garantía proporcionado por la administración que debe tutelar los fines de planeamiento. Además, la actividad propia desarrollada por el acusado como funcionario encargado de la garantía y observancia de las normas de planeamiento. Se tuvo en cuenta las declaraciones de peritos, como arquitecto jefe del servicio de la junta de Andalucía y un técnico urbanista quienes negaron la posibilidad de que un particular pudiera llevar a cabo una promoción de viviendas en ese suelo. En el mismo sentido, otra pericia de un arquitecto y el del inspector provincial de ordenación del territorio del gobierno autónomo andaluz. Declararon agentes del Seproma de la guardia civil que afirmaron el destino actual de la edificación como viviendas y el tribunal tuvo en cuenta las declaraciones de los demás imputados en la causa. Sobre esa actividad probatoria el tribunal ha afirmado los hechos, es decir, ha valorado la posición de la cual se encontraba el acusado, y concreta función de control de la observancia y las garantías el cumplimiento de la norma y ha concluido que el informe que emitió para la concesión de licencias era improcedente y dirigido a obviar su cumplimiento. Hubo actividad probatoria suficiente para esa declaración fáctica que el tribunal motiva desde la "comprobación con la lectura del proyecto sometido la licencia e informado por el acusado" y declara que lo único que describe la memoria es la construcción de dos bloques de pisos independientes destinadas a vivienda, con garajes y locales de comercio también independientes, nada que se asemeje a un centro asistencial, constatando que cualquier residencia como la que se exponía en la memoria requiere, antes de empezar a funcionar como tal residencia de ancianos, una autorización de la consejería de asuntos sociales y otra previa el proyecto, elementos de los que carecía. Se destaca por último que no se pretendía desarrollar una actividad de utilidad pública asistencial y que la denominación de residencial era una mera pantalla de un edificio privado de viviendas.

Consecuentemente y constatada existencia precisa actividad probatoria los dos motivos se desestiman.

Segundo.

Abordamos la impugnación contenida en los motivos tercero, cuarto y quinto de la sentencia. Los tres del recurso refieren el mismo error de derecho, amparado en el ciclo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, discutiendo la errónea aplicación a los hechos probados del artículo 320 del Código Penal . El motivo tercero sostiene que el relato fáctico al concretar la actuación delictiva del recurrente en "otorgar licencia municipal de obra, con la condición de equipamental", una condición a la concesión de la de licencia, esto es, no afirma un hecho sino que es un pronunciamiento favorable a la concesión de la licencia supeditado a la condición de su destino a equipamiento. En el segundo motivo el error de derecho lo contrae a que al tiempo de realizar el informe, esto es al informar el proyecto, el acusado informó sobre el contenido del mismo y su memoria exponía que se trataba de una edificación destinada a equipamientos. En el tercer motivo planteado es mera consecuencia de los anteriores.

Los tres motivos analizados conjuntamente se desestiman. La vía impugnatoria elegida parte de un escrupuloso respeto al hecho probado discutiendo, desde este respecto, el error en la aplicación de la norma penal que invoca como indebidamente aplicada. Los motivos no se presentan bajo esta prevención sino que pretende una

subsunción que no resulta de relato fáctico. Así en el primero opone a la subsunción en el art. 320 Cp un juego de palabras. El recurrente sostiene que la expresión de condición equipamental, supedita la concesión de licencias, cuando lo cierto es que el informe es favorable a la concesión de la licencia, precisamente, por la condición de equipamiento a que se refiere las normas subsidiarias de planeamiento urbanístico del municipio. En cuanto segundo apartado de la impugnación simplemente referir que el acusado informa la acomodación de un proyecto al planeamiento, por lo tanto informar sobre la correcta aplicación de la norma de urbanismo vigente al proyecto que se presenta, comprensivo del proyecto y del futuro a que se destina la edificación. En todo caso, la intervención del acusado es doble al informar el mismo sentido de acomodación a las normas de planeamiento el segundo edificio proyectado, segundo informe realizado dos años después pudo advertir las disfunciones existentes entre proyecto y las normas de planeamiento de las que el acusado estaba llamado a informar para asegurar su observancia.

Tercero.

Sostiene en el motivo otro error de derecho al considerar indebidamente aplicado al relato fáctico el artículo 42 del Código Penal. Concretamente entiende que no es ajustado a derecho que la pena de inhabilitación especial por siete años para el cargo de arquitecto municipal del ayuntamiento "comprenderá la pérdida definitiva en el concreto cargo así como la imposibilidad de obtener el mismo u otro similar como técnico en ese o cualquier otro ayuntamiento durante el tiempo indicado".

En la escueta argumentación señala que la pena de inhabilitación sólo debe comprender al Ayuntamiento en el que se desarrolló la conducta delictiva. La desestimación es procedente por cuanto de conformidad con nuestra jurisprudencia la pena privativa impuesta a ley referida a los cargos que tengan un contenido similar a aquél desde que se cometió el ilícito pues de otra forma carecería de sentido una restricción meramente geográfica de la privación acordada. La consecuencia se dispone para que el condenado a la pena privativa de derechos no pueda ejercer la profesión desde el cual se ha producido el hecho delictivo, sin constreñirlo al lugar en que se cometió.

Consecuentemente motivo se desestima

Cuarto.

Y en el cuarto de los motivos se denuncia la indebida aplicación del artículo 124 del Código Penal refiriendo la queja a la condena en costas en las que se incluyó la de la acusación popular, argumentando que el tribunal no explica las razones de su inclusión.

El motivo será estimado. La jurisprudencia de esta sala ha declarado, como criterio general de imposición de costas en el caso de concurrencia de una acusación particular y una acusación popular, la regla general es que la condena en costas no incluye las de la acción popular (sentencias 634 /2002, del 15 abril ; 149/2007, de 26 febrero ; 692/2008, de 4 noviembre). En este sentido es preciso recordar el ejercicio de la acción popular por parte de personas que no han sido directamente afectadas por un hecho delictivo no puede dar origen a resarcimiento de las costas por generadas por su actuación procesal, pues aunque las costas no son una sanción, sino una contribución al resarcimiento de los gastos que necesariamente se originan en un proceso, esa finalidad no puede extenderse a la acusación popular. (Sentencia 1029/2006, el 25 octubre). No obstante, la jurisprudencia, de manera excepcional, ha incluido en la condena en costas a la acusación popular en atención al carácter esencial de la función realizada para contribuir a dar efectividad al ordenamiento jurídico, excepcionalidad que se fundamenta en la función realizada que ha descubierto o desmantelado el delito, sosteniendo de forma relevante el procedimiento, lo que ha posibilitado el restablecimiento del orden jurídico (sentencia 692/2008 del 4 noviembre). Igualmente se ha sostenido la excepcionalidad de la condena en costas de la acusación popular en el caso de actuación de intereses difusos en los cuales la inexistencia de perjudicados concretos hace que determinadas entidades pueden actuar en el interés de perjudicados por el hecho delictivo. Los intereses difusos, por su propia naturaleza colectiva, son especialmente adecuados para que los defiendan asociaciones de carácter altruista, al no haber personas físicas ofendidas esos intereses privados que pudieran actuar como acusación particular.

En el caso, junto al ministerio fiscal la acusación se conformó con una acusación particular, defendiendo intereses de los afectados, y una acusación popular actuando los intereses de un colectivo social y un partido político. La actuación procesal de la acusación popular no fue especialmente relevante pues la calificación de los hechos con relación a este acusado, era la misma que la que actuó el ministerio fiscal y acusación particular. En el caso, los intereses públicos defendidos por el fiscal y particulares, defendidos por acusación particular, estuvieron y colmaron las exigencias de la acción penal, no siendo la actuación de la acusación popular especialmente relevante para conformar la inclusión en las costas procesales de los gastos correspondientes a su actuación procesal.



Consecuentemente procede retirar del fallo de la sentencia la inclusión de las costas generadas por la acusación popular.

Quinto.

En el último de los motivos opuestos por el recurrente denuncia un error de hecho la valoración de la prueba error que apoya en la documentación obran de la causa sobre la memoria del proyecto en el particular referido a la explicación del contenido de la propuesta de edificación consistente en la ejecución de residencia para personas mayores. Sostiene que a partir esta memoria es posible incluir el proyecto informado por el recurrente en el apartado de equipamientos a que se refieren las normas subsidiarias.

El motivo se desestima. La vía de impugnación que recurrente elige en oposición de la sentencia exige que se designe un documento que acredite un error que tenga relevancia penal y del que resulte, sin necesidad de una valoración, un error de hecho para conformar un distinto relato fáctico. No pueden integrar el concepto casacional de documento, las declaraciones personales, así como cualquier otro documento sujeto valoración del tribunal, pues las primeras son actuaciones de carácter personal sujetas a la inmediación del tribunal con que las percibe, y la segunda son objeto de valoración por parte del tribunal que ha percibido las alegaciones que sobre el mismo han realizado las partes y sobre las que se ha desarrollado de su actividad probatoria. Es por eso que esta Sala ha señalado como requisitos del documento la fehaciencia y la persegidad, con lo que se pretende queden fuera del documento casacional aquellos documentos que de manera inequívoca y sin necesidad de valoración, no acreditan un hecho. El tribunal ha valorado el contenido de la memoria y la ha puesto en relación con las periciales, documentales y testificales oídas en el juicio oral concluyendo que esa memoria no asegura el cumplimiento de las afectaciones derivadas del planeamiento y que el recurrente incumplió su función de garantía al emitir el informe en el que aseguraba la condición de equipamiento y la acomodación a los planes de urbanismo, lo que no era cierto. El documento designado no acredita ningún error.

El motivo, consecuentemente, se desestima

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de D. Guillermo , contra sentencia dictada el día 7 de octubre de 2016 en causa seguida contra el mismo, por delito contra la ordenación del territorial, malversación y estafa-publicidad engañosa.

Declarar de oficio el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 139/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro



D. Antonio del Moral Garcia

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 11 de enero de 218.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de Granada, que condenó a Guillermo por sentencia de fecha 7 de octubre de 2016 a Guillermo , por delito contra la ordenación territorial, malversación y estafa-publicidad engañosa y que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

Segundo.

Que por las razones expresadas en el cuarto de los fundamentos jurídicos procede la estimación parcial del recurso interpuesto por el recurrente Guillermo.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Ratificar el pronunciamiento penal de la sentencia impugnada en todos sus contenidos a excepción de la condena en costas denegada por la acusación popular.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.