

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063306

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 1/2018, de 9 de enero de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 221/2017

**SUMARIO:****Procedimiento penal. Competencia judicial funcional. Perpetuatio iurisdictionis. Delito de prevaricación administrativa urbanística.**

Una vez determinada la competencia en el auto de apertura del juicio oral cualquier variación, tanto de la calificación como de la pena, no varía la competencia de la audiencia, porque, para este tipo de procedimientos con penas superiores a cinco años no hay una norma como la del artículo 788.5 o la del 48.3 de la LOTJ.

El recurrente en casación está contraviniendo el hecho probado con otros datos ajenos y no tenidos en cuenta por la Audiencia, en contra de lo dispuesto en el artículo 884.3 LECr que claramente inadmite el recurso de casación por este motivo.

En el caso del art. 320 CP, nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), y mientras que la modalidad genérica del art. 404 CP exige que la autoridad o funcionario, además de una actuación a sabiendas de su injusticia, produzca una resolución arbitraria, en la urbanística el contenido de la conducta consiste en informa o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia. El delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado en un injustificado ejercicio de abuso de poder.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 320 y 404.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 849.1 y 884.3.

**PONENTE:***Don Andrés Palomo del Arco.*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Doña ANA MARIA FERRER GARCIA

**RECURSO CASACION núm.: 221/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1/2018



Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta  
D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda  
D. Alberto Jorge Barreiro  
D. Andres Palomo Del Arco  
D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 9 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 221/2017, interpuesto por la mercantil GRUP CERCS 4, S.L. representada por el procurador D. Ricard Simo Pascual, bajo dirección letrada de D. Pere Molina Bosch contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera que absolvió a D. Gaspar , D.<sup>a</sup> Elena y D. Melchor por delito de estafa y prevaricación urbanística.

Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida D. Gaspar y D.<sup>a</sup> Elena representados por el procurador D. Antonio Sorribes Calle, bajo dirección letrada de D. Clement Fernández Forner y D. Melchor representado legalmente por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Noelia Mulero Muñoz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Berga, incoó Diligencias Previas núm. 410/2006, contra D. Gaspar , D.<sup>a</sup> Elena y D. Melchor por delito de estafa y prevaricación urbanística, una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Tercera (Rollo de P.A. núm. 17/2016) dictó Sentencia absolutoria en fecha 26 de julio de 2016 que contiene los siguientes hechos probados:

«En mayo del año 2000, Gaspar era alcalde de Cercs (Berguedá), población del Ayuntamiento de la que era secretario Melchor y arquitecta Elena .

El día 8 de ese mes y año, la junta general del "Patronato local de la vivienda de Serchs, S. L.", presidida por el alcalde de la población y constituida por el pleno de su Ayuntamiento, acordó la segregación y adjudicación a favor de la sociedad limitada "Grupo Cerchs 4" de un solar de 423,6 metros cuadrados situado en la parte norte del casco urbano de Sant Jordi, en el término municipal de Cercs. Este terreno, de acuerdo con la normativa vigente en ese momento -las "normas subsidiarias" aprobadas el 9 de diciembre de 1992- estaba calificado como suelo urbano, zona de viabilidad, clave 2, subzona de ensanche (en parte edificable), clave LU, parques y jardines urbanos resto.

El día 24 de julio de 2003, se otorgó mediante decreto del ayuntamiento de Cercs firmado por su presidente Gaspar , la licencia de construcción accediendo a la solicitud en tal sentido hecha en nombre de la sociedad limitada "Grup Cercs 4 " , la cual fue informada favorablemente por Elena . Esta licencia autorizaba la construcción de un edificio en el solar adquirido por "Grup Cercs 4, S. L.", invadiendo parte del solar en el que según el Plan de Ordenación Urbanístico Municipal se había proyectado una calle, y se ampliaba la licencia a dedicar la edificación a usos no previstos en la normativa urbanística vigente.

No consta que Elena , al hacer el informe, fuera consciente de la contravención de la solicitud de construcción para con la normativa urbanística vigente, ni que fuera consciente de ella Gaspar al autorizarla.

Melchor hizo, en relación con la solicitud de licencia de obras, un informe en el que no se pronunciaba sobre la adecuación del proyecto de obras en la normativa urbanística».

### Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:



«ABSOLVEMOS A Gaspar , Elena [sic] y Melchor de toda responsabilidad criminal por los hechos por la comisión de los cuales habían sido acusados, y declaramos de oficio las costas del proceso.

Llévese el original de esta sentencia, que no es firme ya que contra ella cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días, mediante escrito a presentar en esta Sección, en el libro de resoluciones definitivas de la Sección, e incorpórese testimonio de ella al rollo».

### **Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de GRUP CERCS 4, S.L., teniéndose 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 legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECr ., y 5.4 LOPJ por vulneración del artículo 24.2 CE .

Motivo Segundo. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr ., por indebida inaplicación del artículo 250.1.6<sup>a</sup> y 7<sup>a</sup>, en relación con el artículo 248, todos ellos del Código Penal , respecto del Sr. Gaspar .

Motivo Tercero. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr ., por indebida inaplicación del artículo 320.2 CP respecto del Sr. Gaspar

Motivo Cuarto. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr ., por indebida inaplicación del artículo 320.1 CP respecto de la Sra. Elena .

Motivo Quinto. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr ., por indebida inaplicación del artículo 320.1 CP respecto del Sr. Melchor .

### **Quinto.**

Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida, D. Gaspar , D.<sup>a</sup> Elena y D. Melchor , se opusieron da la admisión del recurso, impugnando los motivos aducidos; el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión de los motivos interpuestos y subsidiariamente su desestimación por las razones expuestas en su informe de fecha 29 de junio de 2017; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

### **Sexto.**

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 14 de diciembre de 2017.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

Recorre la acusación particular la sentencia de absolutoria dictada por la Audiencia Provincial en diligencias donde el alcalde, el secretario municipal y la arquitecta municipal, venían siendo acusados de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 CP y además el primero de ellos de delito de estafa.

1. En relación al delito de estafa, hemos de señalar como antecedente procesal que la recurrente, GRUP CERCS 4, S.L, ciertamente acusaba por delito de estafa y el Auto de apertura de juicio oral contemplaba tanto éste como el delito de prevaricación, pero previamente, el Auto de prosecución de Procedimiento Abreviado, confirmado en apelación, había decretado el sobreseimiento provisional del delito de estafa, (f. 974 y ss., de fecha 18/4/13 ),

resolución que fue confirmada en este extremo por resolución de la Sección Séptima de la Audiencia de Barcelona (f. 1064 y ss., de fecha 23/5/14 ), razón por la que la defensa al inicio del juicio ante la Audiencia planteó como cuestión previa, que no debía admitirse la acusación por este delito, pues el sobreseimiento dictado gozaba de firmeza; cuestión que fue estimada por la Sala de enjuiciamiento: la invocación debe merecer el pronunciamiento favorable del tribunal, justamente por considerar que al haber alcanzado firmeza (desde el mismo momento en que se dictó) el auto de la Sección Séptima de la Audiencia en la que se confirmó el sobreseimiento provisional acordado en relación con el delito de estafa, no se hubiera tenido que abrir juicio oral con referencia a él (traducción del catalán, incorporada a autos); entendía que al abrirse juicio oral por un supuesto delito de estafa, se estaba contraviniendo aquel efecto de cosa juzgada que el auto del 23 de mayo de 2014 de la Sección Séptima de la Audiencia había supuesto.

2. Y en relación a este delito de estafa, formula un primer motivo por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECr , y 5.4 LOPJ por vulneración del artículo 24.2 CE ; donde argumenta que dada la razón de la estimación, no procedía la demora de su resolución a sentencia, sino que debía de haberse resuelto al inicio del plenario; pues ello tenía una absoluta incidencia respecto de la competencia para el conocimiento y fallo; dado que si al inicio del plenario se consideraba que se dejaba sin efecto la acusación por estafa, las penas solicitadas por las acusaciones pública y particular, en abstracto, no superaban los cinco años de prisión, con lo cual la competencia para dicho conocimiento y fallo correspondía al Juzgado de lo Penal de Manresa, no a la Audiencia Provincial ( art. 14.3 LECr ), de donde se ha vulnerado el derecho al juez predeterminado por la ley.

3. El motivo ha de desestimarse; pues no existió cuestión de competencia alguna formulada y concorde la perpetuatio iurisdictionis , determinada la competencia en el procedimiento abreviado en el auto de apertura del juicio oral, cualquier vicisitud procesal ulterior o cambio en la calificación, que determine el cese o alteración minorativa de la acusación por algún delito, incluso aunque fuere precisamente, del que determinó la competencia de la Audiencia, no conlleva un cambio competencial; y así la carencia de una norma inversa a la establecida en el art. 788.5 LECr para el Juzgado de lo Penal, o el propio contenido del art. 48.3 LOTJ respetuoso con el mantenimiento de la jurisdicción en ese ámbito.

Las SSTS 661/2009, de 18 de junio y 1084/2010, de 9 de diciembre, expresamente reiteran que si el Juez de lo Penal , por imperativo del artículo 788.5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , está obligado a dar por terminado el juicio y remitirlo a la Audiencia Provincial cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de su competencia, como es lógico, no está prevista la decisión inversa que suponga el envío de la causa, hacia el órgano inferior, renunciando a juzgar un caso para el que ya ha declarado su competencia que no puede verse afectada por incidencias, vicisitudes, cambios de calificación y penas, cuando es obvio que incluso tiene competencia para conocer de las faltas incidentales que se deriven en la tramitación de la causa y del juicio oral.

Así la STS 282/2016, de 6 de abril , con remisión a la 235/2016, de 17 de marzo, que a su vez contiene una abundante cita de otras anteriores, precisa, que cuando se ha procedido a la apertura del juicio oral --recuérdese que su dictado corresponde en el Procedimiento Abreviado al Juez de Instrucción--, no cabe modificación de la competencia objetiva declarada y hay que estar necesariamente a la doctrina de la perpetuatio iurisdictionis , en cuanto ello supone el mantenimiento de una competencia declarada una vez abierto el juicio oral, incluso en los casos en los que la acusación desistiera de la calificación más grave que dio lugar a la atribución de la competencia.

A su vez, la citada 235/2016, también indica que abierto el juicio oral ante un órgano judicial el proceso solo puede terminar por sentencia o por similar resolución; y así lo dirimido en la Audiencia Preliminar prevista el art. 786.2 LECr , aunque hubiera sido por Auto dictado al inicio, se encuentra estructuralmente ensamblado en la que ha de ser la sentencia definitiva; concorde a la previsión in fine de la norma: la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia .

De otra parte, es doctrina consolidada de esta Sala que las cuestiones planteadas como previas pueden dejarse para su decisión en la sentencia si se estima que para su resolución es necesario o conveniente el conocimiento del fondo del asunto, y la valoración del conjunto de la prueba practicada. La determinación de la concurrencia de los elementos de cosa juzgada, en especial, la identidad fáctica, lo posibilitaba.

El motivo se desestima.

4. Consecuentemente el motivo segundo, por indebida inaplicación del artículo 250.1.6ª y 7ª, en relación con el artículo 248, todos ellos del Código Penal , respecto del Sr. Gaspar , entonces alcalde de Cercs (Berguedá), resulta de invariable estimación en cualquier caso, porque ha sido excluido de la acusación; siendo innecesario entrar a reiterar las argumentaciones de la resolución de instancia sobre la inexistencia de engaño inexcusable en este delito, que en cualquier caso no aparece en los hechos probados.



## Segundo.

Los restantes motivos formulados, tres, lo son por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECr ; el tercero por indebida inaplicación del artículo 320.2 CP , respecto del Sr. Gaspar ; el cuarto por indebida inaplicación del artículo 320.1 CP respecto de la Sra. Elena , arquitecta municipal; y el quinto por indebida inaplicación del artículo 320.1 CP respecto del Sr. Melchor , secretario municipal.

1. En relación con este motivo, error iuris, precisa la sentencia 579/2014, de 16 de julio y las que allí se citan, que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr , "es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr ".

A su vez, la STS 261/2011, de 14 de abril , recordaba que "los hechos probados, como bien se sabe, están formados por el relato de los que la Sala responsable del juicio de instancia considere efectivamente acreditados, a tenor del resultado de la prueba, que habrá presenciado con el encargo constitucional y legal de evaluarlos. Estos y no otros, porque tienen que ser objeto de una declaración expresa y suficientemente fundada. Y porque, para el correcto desarrollo del trámite de la casación, en el que ahora se está, los hechos probados deberán entrar en él inequívoca y definitivamente fijados como tales. Es cierto que el Tribunal de casación podría, en determinados supuestos, introducir alguna variación en los mismos, e incluso privarlos de esa condición. Pero, en un caso, merced a una impugnación deducida por el cauce del art. 849.2º LECr ; y, en el otro, por entender producida una vulneración del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio. En otras circunstancias, la Sala que ahora conoce no está legalmente habilitada para subrogarse en el papel del Tribunal de instancia en lo relativo a la fijación de los hechos imputados que pudieran merecer la condición de probados".

Y la STS 121/2008 de 26 de febrero , luego reiterada, como en el caso de la STS 732/2009, de 7 de julio , en forma más tajante y descriptiva, glosaba: "... el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECr se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECr han de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida".

2. Tales exigencias jurisprudenciales, devienen suficientes para la inmediata desestimación de dos de los tres motivos formulados por infracción de ley, por cuanto se sustentan en una versión fáctica diversa de la declarada probada:

i) del delito de prevaricación urbanística, en el caso del alcalde, porque expresamente se niega en la redacción de hechos probados, que fuese consciente al autorizar la construcción, de la contravención con la normativa urbanística vigente; y

ii) del delito de prevaricación urbanística, en el caso de la arquitecta, porque expresamente se niega en la redacción de hechos probados, que fuese consciente al hacer el informe, de la contravención de la solicitud de construcción para con la normativa urbanística vigente.

En cuya consecuencia, además de la carencia del elemento subjetivo del tipo, se incurre en la causa de inadmisión del artículo 884.3º, cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquello, deviene ahora en causa de desestimación.

3. Valga recordar además, las SSTS 671/2017 , 157/2015, de 9 de marzo , con cita de otras anteriores, que recuerdan que si bien, una superable doctrina jurisprudencial había dicho que el elemento subjetivo, en cuanto deducible por inferencia a partir de un hecho base, podría controlarse casacionalmente, por vía diferente de la que cabe utilizar respecto de la afirmación del hecho base y tal específica vía no era otra que la "infracción de ley" a que se refiere el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; ello conllevaría que se tergiversaría el lenguaje; porque las leyes de la lógica, la ciencia o la experiencia, que justifican la inferencia, no constituyen las "normas jurídicas" a cuya vulneración se refiere el precepto citado. Y porque, si se dice que la inadecuación de la inferencia a ese canon lleva a la vulneración del precepto aplicado, a consecuencia de la errónea inferencia, se está pretendiendo ocultar que dicha vulneración no tiene su causa directa en la subsunción del hecho en la norma, sino en la construcción misma del hecho probado. Y esto, como dijimos no es tolerable sino se quiere amparar la paladina burla de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 849.1 .

Pues no cabe olvidar que el elemento subjetivo es un dato de inequívoca naturaleza fáctica, y por ello susceptible de verdad o falsedad, y que, como tal su control, en el caso de sentencias condenatorias, solamente cabe por el específico cauce de la vulneración de la presunción de inocencia, o, más limitadamente, por la de error de hecho del nº 2 del artículo 849 citado.

4. Además, la doctrina jurisprudencial del TEDH solo permite la revisión en casación de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas.

Los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan, por tanto, en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

Esta doctrina, recuerda el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 172/2016, de 17 de octubre , tiene su origen en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y se completa y reitera en numerosas resoluciones posteriores; doctrina que se concreta en definitiva, en que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el tribunal de la revisión, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas efectuada por el juez de instancia y agrava, en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado, la sentencia que revisa.

El Pleno del Tribunal en la STC 88/2013, de 11 de abril , FFJJ 7 a 9, efectuó un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo que "de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 84/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE ) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal" (FJ 9), lo que ha sido reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 5 ; o 205/2013, de 5 de diciembre , FJ 7. La consecuencia de ello, como destaca la citada STC 88/2013 , FJ 9, es que la audiencia del acusado se configura con un doble propósito: de un lado, atender al carácter de prueba personal del testimonio del acusado, que exige de inmediación para ser valorada, y, de otro, garantizar el derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que va a decidir sobre su culpabilidad. Esta evolución de la doctrina constitucional reduce la posibilidad de condenar o agravar la condena sin vista a los supuestos en que el debate planteado en segunda instancia versa sobre estrictas cuestiones jurídicas, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado ( STC 88/2013 , FJ 8).

Pero reitera el Tribunal Constitucional que "también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los

órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia.

Aunque, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado (FJ 8 citando la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4). Este segundo criterio, reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; y 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España; 20 marzo 2012, caso Serrano Contreras c. España; 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris c. España; 8 de octubre de 2013, caso Nieto Macero c. España; 8 de octubre de 2013, caso Román Zurdo c. España; 12 de noviembre de 2013, caso Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, caso Porcel Terribas y otros c. España; o 29 de marzo de 2016, caso Gómez Olmeda c. España).

Lo cual supone en la práctica, que en estos recursos donde la revisión interesada es de naturaleza peyorativa, la misma consideración intangible del relato de hechos probados debe ser predicada de las afirmaciones fácticas, o mejor, elementos de naturaleza factual (STEDH Almenara Álvarez c. España, de 25 de octubre de 2011, § 41) contenidos en la fundamentación de la resolución.

Y sucede además, que la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley (acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 19 de diciembre de 2012, invocado en numerosas resoluciones: 363/2017, 19 de mayo; 340/2017, de 11 de mayo; 162/2017, de 14 de marzo; 892/2016, de 25 de noviembre, etc.).

### Tercero.

1. Respecto del delito de prevaricación urbanística, en relación con el secretario municipal, Melchor, se le absuelve, porque considera la Audiencia, que siendo elemento típico la emisión de informe favorable, el que emite, no se pronuncia sobre la adecuación del proyecto de construcción a la normativa urbanística:

Respecto al secretario municipal, el acusado Melchor, su incriminación está determinada por el hecho de que "el 24 de julio de 2003 [...] emitió informe en el que se limitaba a indicar la normativa de aplicación, sin advertir en ningún momento, con claro incumplimiento de sus obligaciones legales, de las referidas irregularidades que contenía el informe técnico de la arquitecta municipal, así como de la contrariedad a la ley del proyecto constructivo". Este informe está unido al folio 55 de la causa, y de su lectura se extrae de manera inequívoca, que no está informando favorablemente ningún proyecto. Una cosa es que, como establecen en sus conclusiones ambas acusaciones, hubiera incumplido sus obligaciones legales, pero este incumplimiento, que podría merecer una corrección disciplinaria, no lo hace tributario de responsabilidad penal, la cual solo es exigible cuando se infringe una norma de este carácter y no puede ser interpretada de manera extensiva. En el informe emitido por Melchor, informe que consta de seis apartados, se dice que el Grup Cercs 4, S. L. ha solicitado una licencia de obras, que estas están sujetas a licencia, que el otorgamiento de esta corresponden al Ayuntamiento, se dice también cuál es la normativa aplicable para otorgarla (arts. 3 y 4 del Reglamento de Disciplina Urbanística y 21 y 22 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico), que en el expediente figura el informe favorable de la arquitecta municipal, y que la naturaleza jurídica de la licencia está reglada. Por tanto, dejando claro que Melchor no informó favorablemente el proyecto de edificación que sirvió de base para el otorgamiento de la licencia interesada por "Grup Cercs 4, S. L.", sin más consideraciones al respecto, su actuación no puede ser corregida penalmente como pretenden las acusaciones.

Efectivamente, el informe no es valorativo de la procedencia de la concesión de la licencia, sino meramente informativo de la competencia y normativa que resulta de aplicación al caso.

No obstante, consecuencia de la normativa administrativa, si el informe no se evacua en el plazo administrativamente establecido e igualmente por ende, si el informe no se pronuncia con objeción alguna, el mero transcurso de plazo establecido para el informe, es equivalente, a un informe favorable; y así el artículo 9.1.3º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, entidades que tienen atribuidas la competencia de concesión de licencias en el ámbito urbanístico, el propio Reglamento de Disciplina Urbanística, cuyo art. 4, establece que el procedimiento de otorgamiento de las licencias se ajustará a lo establecido en la legislación de



Régimen Local y el art. 188 del Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña (TRUCAT) referido al régimen jurídico de las licencias urbanísticas, cuyo apartado dos, igualmente establece que la competencia y el procedimiento para otorgar y denegar las licencias urbanísticas se ajustan a lo que establece la legislación de régimen local.

Pues bien, ese art. 9, indica que una vez solicitada la licencia y entregada toda la documentación pertinente han de emitirse los informes técnicos necesarios que avalen la concesión de la licencia, precisando en su apartado tercero:

Los informes de éstos deberán remitirse a la Corporación diez días antes, al menos, de la fecha en que terminen los plazos indicados en el número 5.º (actividades personales, parcelaciones en sectores para los que exista aprobado plan de urbanismo, obras e instalaciones industriales menores y apertura de pequeños establecimientos habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de un mes, y las de nueva construcción o reforma de edificios e industrias, apertura de mataderos, mercados particulares y, en general, grandes establecimientos, en el de dos, a contar de la fecha en que la solicitud hubiere ingresado en el Registro general), transcurridos los cuales se entenderán informadas favorablemente las solicitudes .

Es decir, el contenido del informe emitido por el secretario municipal, aunque expresa y formalmente no informa favorablemente, materialmente ese contenido implica que la concesión de la licencia es informada favorablemente.

**2.** No obstante, en orden a integrar el concepto normativo de "injusticia", debemos recordar la jurisprudencia de esta Sala recogida entre otras en la STS 752/2016, de 11 de octubre con cita de la 497/2012, de 4 de junio donde se reitera las coincidencias entre el delito de prevaricación del artículo 404 y esta llamada prevaricación urbanística del artículo 320, en consideraciones relativas al bien jurídico protegido, a la condición del autor, a la arbitrariedad de la actuación administrativa de que se trate y a la actuación "a sabiendas de la injusticia", ha señalado también la existencia de algunas diferencias, pues en el caso del art. 320 CP , nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), y mientras que la modalidad genérica del art. 404 CP exige que la autoridad o funcionario, además de una actuación a sabiendas de su injusticia, produzca una resolución arbitraria, en la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia.

Pero es obvio que el contenido de la acción es similar, pues la arbitrariedad es una forma de injusticia. De ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial la jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica (SSTS núm. 331/2003 , 1658/2003 ó 1015/2002 ), bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado. La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que al derecho penal le corresponde un papel inferior o meramente auxiliar respecto del derecho administrativo: ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico, conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves.

Por ello, conviene citar la STS 259/2015, de 30 de abril , que indica que el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona. Para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario: 1º) Una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo. 2º) Que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal. 3º) Que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable. 4º) Que ocasione un resultado materialmente injusto. 5º) Que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.



3. Y sucede en autos, que la calle en la que se autorizó la construcción era una calle abierta y urbanizada de antaño de acuerdo con la alineación que había recogido el anterior Plan Parcial de julio de 1973, redactado por el Arquitecto Ruperto , del núcleo de Sant Salvador de la Vadella -actual núcleo de Sant Jordi-; y si bien esa consolidación no se correspondía con la que estaba contemplada en el Plan Urbanístico, ya que en él la calle se mostraba en el plano con un trazado irregular, donde figuraba un "queixal" (piedras de construcción o trozos de ladrillo, que restan lateralmente en una pared con el fin de prolongarla o de encajar en ella los de otra pared, en una esquina, sin que haya ninguna discontinuidad estructural) que configuraba un ensanche, y fue en ese espacio "irregular" donde se autorizó la construcción; y si bien ello determinaba la invasión del edificio que se iba a construir, 6 metros lineales de una calle proyectada y también la dedicación a usos no contemplados, correspondían a la trama viaria y espacios libres y se mantenía la alineación consolidada de calle y del encintado de aceras, proveniente y concorde a una urbanización existente desde décadas atrás.

Ciertamente, la revisión de las Normas Subsidiarias a través del POUM, y su posterior modificación que recogieron finalmente esa alineación corrigiendo lo que aparentemente derivaba de un error, no se publicó y por tanto no entraron en vigencia sino varios años después, el día después de aquella publicación en el DOGC número 4678, de 18 de julio de 2006.

De ello se deriva, que ciertamente con la concesión de la licencia, se contravinieron, las normas subsidiarias del Plan de Ordenación Urbanístico Municipal, aprobadas el 9 de diciembre de 1992, donde se calificaba como suelo urbano, zona de viabilidad, clave 2, subzona de ensanche (en parte edificable), clave LU, parques y jardines urbanos resto; pero la configuración de la calle, su urbanización consolidada en sesgo congruente con la licencia, la aceptación de ese planeamiento en diversos proyectos a lo largo de décadas, y la consecuente dificultad de determinación de las condiciones de ordenación y uso en ese concreto lugar, determinan a concluir que esa conculcación de la normativa urbanística, no resulta equiparable a un injustificado ejercicio de abuso de poder, que obedezca a inequívoca arbitrariedad.

4. Por otra parte, nada indica la resolución recurrida, sobre el conocimiento o conciencia del inculpado de la ilegalidad urbanística que la concesión de la licencia conllevaba; pues una cuestión es conocer la fecha de las normas subsidiarias vigentes, otra el conocimiento empírico del vial donde la construcción se iba a levantar y otra, la proyección del plano correspondiente a esas normas sobre el concreto lugar; especialmente cuando la arquitecta municipal, tampoco advirtió la discordancia.

Este elemento subjetivo, como antes hemos indicado, no es posible adicionarlo en motivo por infracción de ley; ni tampoco en cuanto implica alteración fáctica de lo declarado probado en sentencia absolutoria, resulta posible su revisión peyorativa sin haber oído al acusado.

El motivo se desestima.

#### Cuarto.

De conformidad con el art. 901 LECr , procede la imposición al recurrente de las costas causadas.

### FALLO

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

Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de la entidad mercantil GRUP CERCS 4, S.L. en su condición de acusación particular contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, en su Rollo de P.A. núm. 17/2016, dimanante de las Diligencias Previas núm. 410/2006 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Berga seguidas por delito de estafa y prevaricación urbanística, de fecha 26 de julio de 2016; ello, con imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda



**Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco 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.