

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

Referencia: NCJ066776

**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 650/2023, de 19 de septiembre de 2023**Sala de lo Penal**Rec. n.º 5541/2021***SUMARIO:****Delitos contra la Administración Pública. Prevaricación administrativa. Delito continuado. Exigencias urbanísticas.**

Alcalde y Junta de Gobierno de un Consistorio que imponen indebidamente obligaciones urbanísticas para perjudicar el proyecto de construcción de un promotor inmobiliario que adquirió los solares que el alcalde había pretendido comprar, determinando con ello que se produjera un retraso en la ejecución de la obra y que las viviendas se culminaran en el peor momento de la crisis inmobiliaria. El acusado conocía que los terrenos eran suelo urbano consolidado y que su promoción no exigía de la presentación de proyectos de urbanización y compensación. El Tribunal infiere de manera lógica que el recurrente conocía la ilegalidad de sus decisiones y que las adoptó con la intención de perjudicar a la inmobiliaria que adquirió los solares que él mismo había pretendido conseguir. El bien jurídico protegido en el delito de prevaricación administrativa es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, garantizándose en el ámbito de la función pública el debido respeto del principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático. Este delito consistente en dictar una resolución injusta en un asunto administrativo, lo que implica su contradicción con el derecho, que puede manifestarse bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder. Como elemento diferenciador entre ilegalidad administrativa y penal (arbitrariedad), se ha estimado en algunas resoluciones que desde el punto de vista objetivo el acento debe establecerse en la "patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho.

Respecto a la continuidad delictiva, debe diferenciarse entre unidad de acción en sentido natural, unidad natural de acción, unidad típica de acción y delito continuado. Se habla de unidad de acción en sentido natural cuando el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o naturalístico (propinar un solo puñetazo). En cambio, se habla de unidad natural de acción cuando, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción. Aprovechando su capacidad decisoria como alcalde, dictó una serie de resoluciones injustas que pretendieron perjudicar la actividad empresarial. Las decisiones se sucedieron en el tiempo durante los varios años introduciendo cada vez nuevas exigencias urbanísticas, de modo que no puede hablarse de una unidad natural de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado.

Cooperación necesaria del secretario del Ayuntamiento y presunción de Inocencia. Estimación del recurso por la ausencia de prueba de que el secretario realizara actos de facilitación de la acción delictiva y carencia de indicios que permitan construir, más allá de toda duda razonable, que el secretario actuara concertado con el sujeto activo del delito, de hecho, emitió informe contrario y el solo hecho de su presencia cuando la Junta de Gobierno del municipio exigió los proyectos de urbanización y compensación, no permite extraer que las decisiones surgieran con su aquiescencia y mucho menos que las favoreciera.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6, 74 y 404.

**PONENTE:***Don Pablo Llarena Conde.***TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 650/2023

Fecha de sentencia: 19/09/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5541/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 11/07/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial Santander, Sección Tercera

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: crc

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5541/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

## SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta  
D. Andrés Palomo Del Arco  
D. Pablo Llarena Conde  
D. Vicente Magro Servet  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de septiembre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación 5541/2021 interpuesto por: 1) mercantil NOCANOR PROMOCIONES, SL (en calidad de Acusación Particular) representada por el procurador don Ignacio Argos Linares, bajo la dirección letrada de don Ricardo Gundín Quiroga; 2) Borja, representado por la procuradora doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, bajo la dirección letrada de don Juan Manuel Casanueva Pérez-Llantada; y 3) Cesareo, representado por la procuradora doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, bajo la dirección letrada de don Javier Cuairán García, contra la sentencia dictada el 11 de junio de 2021 por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.<sup>a</sup>, en el Rollo Procedimiento Abreviado 5/2019, en el que se condenó a Borja y Cesareo, como autores responsables de un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal y, como parte recurrida, el Ayuntamiento de Noja, representado por la procuradora doña Belén Romero Muñoz, bajo la dirección letrada de don Antonio Gutiérrez Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

El Juzgado de Instrucción n.º 1 de los de Santoña incoó Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado 463/2015 por delitos de prevaricación administrativa, negociaciones prohibidas a funcionarios, tráfico de influencias y cohecho contra Borja y Cesareo, en calidad de acusados, y como responsable civil subsidiario el Excmo. Ayuntamiento de Noja, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.ª. Incoado Rollo Procedimiento Abreviado 5/2019, con fecha 11 de junio de 2021 dictó Sentencia n.º 161/2021 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Ha quedado probado y así se declara que el acusado D. Borja, mayor de edad, con DNI NUM000 y sin antecedentes penales, fue Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Noja entre los años 2006 y 2013. En tal condición el acusado presidía las Juntas de Gobierno local de dicho Ayuntamiento. De igual modo, el también acusado D. Cesareo, mayor de edad, con DNI número NUM001 y sin antecedentes penales fue durante dicho periodo Secretario de dicho Ayuntamiento.

El acusado D. Borja, conocedor de que D. Gaspar y sus familiares eran propietarios de varias fincas situadas en el casco urbano de Noja sobre las que se podían edificar numerosas viviendas, mantuvo con el Sr. Gaspar aproximadamente en el año 2006, negociaciones tendentes a adquirir dichas fincas. D. Borja en una de esas conversaciones le dijo al Sr. Gaspar que a la hora de tener en cuenta las diferentes ofertas, tuviera en consideración que "él era quien concedía en las licencias urbanísticas". No obstante lo cual dichas negociaciones con el Sr. Borja no fructificaron y el Sr. Gaspar y sus familiares se decantaron por la oferta que consideraron más ventajosa, que fue la efectuada por la mercantil Promociones Nocanor, SL, a la que finalmente vendieron dichas fincas, sociedad de la que era administrador D. Jon que en ese momento era concejal de la oposición en dicho Ayuntamiento, y de la que era apoderado, su hermano D. Julián, siendo éste último el actual alcalde de la localidad de Noja.

Tras el fracaso de las negociaciones tendentes a la compra a la familia Gaspar de las mencionadas fincas, y con anterioridad incluso a la solicitud por parte de la mercantil Nocanor de la ficha técnica de las parcelas, así como de la licencia de obras; D. Borja, con la finalidad de dar una apariencia de legalidad a sus ulteriores decisiones, y actuando en su condición de Alcalde, encargó a la empresa "Atrius Asociados, SA", un informe jurídico que versó sobre las obligaciones urbanísticas que correspondían a las dos parcelas catastrales NUM002 y NUM003 adquiridas por la mercantil Nocanor, y en particular, acerca de si el propietario de dichas parcelas estaba obligado a ceder al Ayuntamiento el 10% de su aprovechamiento, haciéndose ya constar en dicho informe, que dichas parcelas habían sido adquiridas por un único propietario, pese a la inexistencia de procedimiento administrativo alguno tendente a llevar a cabo ninguna construcción en las mismas. En dicho informe, su autor concluía que para llevar a cabo un proceso de construcción sobre dichas fincas, si bien no hacía falta proyecto de compensación, sí era necesario un proyecto de urbanización, así como que también procedía la cesión del suelo correspondiente al 10% del aprovechamiento urbanístico al considerar el informante que dichas fincas se ubicaban en suelo urbano no consolidado.

Dicho informe fue emitido el día 2 de junio de 2006, al margen y con anterioridad a la incoación del expediente administrativo número NUM004 iniciado por la promotora Nocanor al solicitar la correspondiente licencia municipal en fecha 28 de septiembre de 2006, acordándose por el Sr. Secretario municipal D. Cesareo la unión de dicho informe al mencionado expediente administrativo, en fecha 16 de octubre de 2007.

En fecha 5 de junio de 2006 la mercantil "Nocanor Promociones, SL", presentó escrito al Excmo. Ayuntamiento de Noja poniendo en su conocimiento que dicha mercantil era propietaria de las cinco fincas adquiridas a la familia del Sr. Gaspar con referencias catastrales números NUM005; NUM006; NUM007; NUM008 y NUM009; y solicitando la ficha urbanística de dichas parcelas. Dicha ficha urbanística le fue entregada a la mercantil en fecha 19 de junio de 2006. En la mencionada ficha urbanística el arquitecto municipal hacía constar que dos de las parcelas, en concreto las dos primeras NUM002 y NUM003-, estaban clasificadas por las normas subsidiarias de Noja como suelo urbano, ordenanzas A y B1, apareciendo delimitadas dentro de la Ordenanza Especial 31 (OE-31), haciéndose constar que para solicitar licencia deberán, bien presentar un estudio de detalle,

proyecto de compensación y proyecto de urbanización, o bien, aparecer como propietario único de la totalidad de las fincas, "momento en el que desaparecería la OE que tiene como único objeto garantizar la condición de parcela mínima de la totalidad de las fincas delimitadas". También se hacía constar que la parcela NUM010 estaba clasificada como suelo urbano ordenanza A, la parcela NUM011 como suelo urbano ordenanza A y B1 y la parcela NUM012 como suelo urbano ordenanza B1.

La mercantil Nocanor, SL, en fecha 28 de junio de 2006 presentó ante dicho Ayuntamiento motu proprio un Estudio de detalle en relación con las mencionadas fincas (Complejo residencial DIRECCION000) interesando su aprobación y solicitando mediante escrito presentado en fecha 28 de septiembre de 2006 la concesión de la oportuna licencia municipal de obras.

Tras la correspondiente tramitación del expediente en el que se requirió a la promotora mediante resoluciones sucesivas la aportación de documentación complementaria, finalmente en la sesión de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Noja celebrada en fecha 26 de febrero de 2007 y presidida por el Sr. Borja, se procedió a la aprobación definitiva del Estudio de detalle presentado por Nocanor SL. En dicha sesión, el Sr. Alcalde a preguntas de otros concejales, hizo constar expresamente que si bien con anterioridad se había denegado otro Estudio de detalle en relación con dichas fincas "las condiciones de ambos estudios de detalle eran diferentes ya que en el primer caso se requería una reparcelación, ya que se trataba de parcelas y propietarios distintos, ya estaba afectado por una ordenanza especial, mientras que en la actualidad dicha ordenanza especial ha desaparecido, de acuerdo con las normas subsidiarias, al ser todo el ámbito de la misma en su propietario, y por tanto ya no se requiere proyecto de compensación". El alcalde Sr. Borja, asimismo, hizo constar en relación con las encinas existentes en la finca que podrían cortarse, que "ya se incluye en dicho estudio de detalle, un informe de un ingeniero técnico forestal dirigido a un mejor conocimiento del estado actual y de lo que debe respetarse y que precisamente para preservar la mayor cantidad de encinas posible se ha previsto un área de movimiento, que permita desplazar un edificio sin incumplir dicho estudio".

El Sr. Borja pese a conocer que al tratarse de una finca de propietario único ubicada en el entramado o malla urbana dotada de los servicios esenciales, la misma no precisaba de obras de urbanización, y siendo asimismo conocedor de que para llevar a cabo la edificación proyectada por la mercantil Nocanor, SL, no era necesario tramitar, ni proyecto de urbanización, ni tampoco proyecto de compensación; con el conocimiento del Secretario municipal D. Cesareo, el cual se encargaba de forma efectiva de la dirección y tramitación de los expedientes administrativos, y participó activamente en toda la tramitación de los expedientes administrativos seguidos en relación con el proceso constructivo de dichas fincas; exigió a dicha promotora la tramitación de sendos proyectos de urbanización y compensación con carácter previo a la concesión de la licencia de obras. De igual modo, D. Borja, a sabiendas de la ilegalidad de su proceder y actuando con la finalidad de dificultar la construcción proyectada por la mercantil Nocanor, acordó la paralización de las obras. Así pues, consta acreditada la realización por los acusados de las siguientes actuaciones:

- Con fundamento en el mencionado informe jurídico elaborado por Atrius asociados SA, de fecha 2 de junio de 2006, y pese a que el mismo aún no se encontraba unido al expediente administrativo NUM004 de "licencia de obra de 184 viviendas, locales y garajes. Nocanor promociones"; el arquitecto municipal D. Juan Enrique, en fecha 10 de octubre de 2007, emitió un informe en el que concluía que, antes de concederse la licencia de obra solicitada era necesario tramitar un proyecto de urbanización, habida cuenta las características de la finca, y en concreto "sus dimensiones, la edificación a la que se plantea dar cabida, su posición en la trama urbana municipal y la masa arbórea afectada". Con fundamento en dicho informe técnico, la Junta de Gobierno Local presidida por el alcalde Sr. Borja, en fecha 18 de octubre de 2007, acordó denegar la licencia solicitada, alegando que a la vista de las obras necesarias para completar la urbanización de la parcela y por las características de la finca, era necesario tramitar un proyecto de urbanización con carácter previo al otorgamiento de la licencia.

De igual modo, en fecha 9 de noviembre de 2007 el alcalde dictó resolución comunicando a la promotora que "es criterio de este Ayuntamiento a la vista de los informes técnicos y jurídicos emitidos, exigir la cesión gratuita del 10% correspondiente al aprovechamiento medio del sector que limitaba la OE-31".

La resolución de 18 de octubre de 2007 de la Junta de Gobierno local fue recurrida por la mercantil Nocanor en reposición, recurso que fue desestimado, interponiéndose contra dicho acuerdo, -así como contra otros acuerdos municipales a los que se hará referencia más adelante-, recurso contencioso-administrativo el cual fue resuelto por sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo número 2 de los de Santander en fecha 3 de diciembre de 2010 que anuló todos los actos impugnados, y que fue confirmada por la dictada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 12 de diciembre de 2011. En dichas sentencias se concluía que el suelo donde se asentaban las parcelas a que se refería la licencia donde se proyectaba construir la urbanización, tenía la consideración de suelo urbano consolidado, entendiéndose por tanto que debía de concederse la licencia de obras sin necesidad de realizar proyecto de compensación, ni de urbanización y sin tener que hacer cesión alguna del 10% del aprovechamiento.

No obstante la interposición de dichos recursos, la mercantil Nocanor cumplió con el requerimiento derivado del acuerdo de la Junta de Gobierno local presentando el correspondiente Proyecto de urbanización en fecha 27 de diciembre de 2007.

- En fecha 6 de febrero de 2008 el arquitecto municipal D. Juan Enrique, tras examinar dicho proyecto informó que consideraba insuficiente el tipo de urbanización propuesta y la definición de la misma entendiendo que debía de completarse, siendo dicha mercantil requerida en fecha 11 de febrero de 2008 por el Secretario municipal para aportar dicha documentación, requerimiento que fue cumplimentado por la mercantil Nocanor la cual en fecha 25 de febrero de 2008 presentó un nuevo proyecto de urbanización.

- Tras lo anterior, dicho arquitecto municipal en fecha 27 de febrero de 2008 emitió un nuevo informe considerando que el nuevo proyecto presentado cumplía con las normas subsidiarias de planeamiento de Noja. No obstante lo anterior, en dicho informe se añadía que al estar el terreno objeto de la solicitud comprendido en la OE-31 se exigía la tramitación de estudio de detalle, proyecto de compensación y proyecto de urbanización, y que a la vista del alcance de las obras recogidas en el proyecto de urbanización, debía considerarse suelo urbano no consolidado, entendiéndose que previamente al otorgamiento de la licencia debería de presentarse un proyecto de compensación en el que se fijara la cesión del 10% correspondiente al Ayuntamiento y se señalara la superficie del suelo en la que situar dicho aprovechamiento. De igual modo, se hacía constar que el presupuesto debería de incrementarse en la cantidad correspondiente a las obras de instalación de dos conjuntos de contenedores estimados en 144.000 €. Tras dicho informe, que contradecía el contenido de la ficha urbanística elaborada por el mismo técnico, la Junta de Gobierno local celebrada en fecha 25 de marzo de 2008 aprobó el proyecto de urbanización en los términos indicados en el mencionado informe técnico, exigiendo a la promotora la inclusión en el proyecto de urbanización de las obras de instalación de los dos conjuntos de contenedores soterrados valorados en 144.000 €, así como la presentación del proyecto de compensación en el que se fije la cesión del 10% correspondiente al Ayuntamiento y se señale la superficie del suelo en la que situar dicho aprovechamiento, con anterioridad al otorgamiento de la licencia de obra. Dicha resolución de 25 de marzo de 2008 también fue recurrida por dicha promotora, tanto en reposición, como ante la jurisdicción contencioso administrativa, anulándose dicha resolución por la mencionada sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de los de Santander en fecha 3 de diciembre de 2010 que fue confirmada por la también mencionada dictada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 12 de diciembre de 2011. No obstante la interposición de dichos recursos, la promotora cumplimentó el requerimiento municipal y presentó el proyecto de compensación exigido.

- En fecha 5 de mayo de 2008 la Junta de Gobierno local acordó conceder la licencia solicitada para movimiento de tierras, excavación, cota cero y urbanización interesada por Nocanor en el expediente NUM013, disponiendo que con carácter previo al inicio de las obras de excavación y dada la existencia de arbolado en la finca debería realizarse un acta de replanteo por los servicios técnicos municipales, -arquitecto, ingeniero agrícola y topógrafo- para garantizar la compatibilidad del movimiento de tierras ejecutado, con el arbolado existente en la finca.

El 6 de mayo de 2008 se confeccionó un acta de replanteo, notificándole el 6 de noviembre de 2008 el Ayuntamiento a Nocanor que a la vista del acta de replanteo suscrita, la promotora tenía que ingresar la suma de 60.520 € como ejecución de medidas compensatorias a la tala de encinas (folios 86 y siguientes de la causa). Dicha resolución fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa por la mercantil Nocanor, dictándose en fecha 7 de enero de 2010 por el Juzgado de lo contencioso administrativo número 3 de Santander, sentencia estimando el recurso y anulando la resolución impugnada, al carecer de amparo normativo alguno, y no existir pacto al respecto.

- Por Decreto de alcaldía de fecha 28 de agosto de 2008 dictado por D. Borja se aprobó inicialmente el Proyecto de compensación presentado por la empresa Nocanor. De igual modo, por Decreto de alcaldía de fecha 5 de noviembre del 2008 el Sr. Borja aprobó de forma definitiva el proyecto de compensación de la finca el Socaire, dictándose a continuación, resolución de igual fecha por la Junta de Gobierno Local presidida por el Sr. Borja, acordando conceder la licencia solicitada, y disponiendo que no podrían dar comienzo las obras sin presentar previamente el correspondiente proyecto de ejecución, debiendo satisfacer los derechos de ordenanza en base al importe de las obras. Tras lo anterior, se practicaron las correspondientes liquidaciones de dichos derechos las cuales fueron recurridas por la mercantil Nocanor. Mediante Decreto de alcaldía de 20 de enero de 2009 se estimó el recurso de reposición planteado por la mercantil Nocanor en lo relativo a las liquidaciones número NUM014 (expediente NUM004) y NUM015 (expediente NUM016) en concepto de tasa por licencia de obras, e impuesto sobre construcciones instalaciones y obras por un importe global de 403.520 €, acordando su nueva práctica; desestimándose en dicho Decreto el recurso en lo relativo a las liquidaciones número NUM017 relativa a la monetarización de la cesión del aprovechamiento a favor del Ayuntamiento, y número NUM018 relativa al establecimiento de medidas compensatorias. La mercantil Nocanor en fecha 20 de enero de 2009 ingresó la suma de 403.520 €, así como la suma de 35.014,79 euros, recurriendo en vía contenciosa administrativa la liquidación número NUM017 referente a la monetarización del 10% de cesión en cuya virtud se requería a la promotora el pago de 1.435.070 euros. Dicho recurso fue estimado íntegramente por la mencionada sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de los de Santander en fecha 3 de diciembre de 2010, la cual fue

confirmada por la dictada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 12 de diciembre de 2011, las cuales anulaban dicha liquidación por entender que la misma era improcedente por cuanto al encontrarnos ante suelo urbano consolidado, no era exigible la cesión del mencionado 10% del aprovechamiento.

- En fecha 9 de octubre de 2007, y por tanto con anterioridad al dictado de las resoluciones de la Junta de Gobierno local antes mencionadas, y también con anterioridad por tanto a la emisión de los dos informes técnicos de fechas 10 de octubre de 2007 y 27 de febrero de 2008 en que se ampararon dichas resoluciones, así como al dictado de los mencionados Decretos de alcaldía; a requerimiento de la promotora, el Secretario Municipal D Cesareo emitió certificación en la que hacía constar que al ser todas las parcelas incluidas en la OE-31 de un solo propietario, por aplicación de lo dispuesto en artículo 45.d párrafo tercero de las Normas subsidiarias de planeamiento urbanístico municipal de Noja, desaparecía la ordenanza especial. En dicha certificación y a diferencia del contenido de las certificaciones que dicho acusado venía realizando en otros supuestos similares, el mismo omitió hacer constar que como consecuencia de lo anterior, al desaparecer automáticamente y por imperativo legal la unidad de actuación, "no se precisaba gestionarla mediante estudio de detalle, proyecto de compensación y proyecto de urbanización", omitiendo tal mención de forma deliberada y con la finalidad de amparar y dar cobertura a las sucesivas resoluciones municipales antes relacionadas en cuya virtud se exigió a dicha promotora, de forma indebida e innecesaria, la tramitación de dichos proyectos de urbanización y compensación.

- En fecha 16 de febrero de 2010, la promotora Nocanor solicitó al Ayuntamiento de Noja la realización de un replanteo de las alineaciones oficiales de las calles el Monte y Socaire en relación con las cesiones de dichos viales efectuadas a dicho municipio, interesando que los servicios técnicos municipales delimitaran y marcaran sobre terreno lo procedente. Tal petición no fue atendida hasta el mes de junio, tras la jubilación del topógrafo municipal. En fecha 16 de junio de 2010 la arquitecta municipal, D.<sup>a</sup> Carmen, emitió informe en el que hacía constar que tras girar visita a la obra por los servicios técnicos municipales, topógrafos, además de los representantes de la propiedad, según los datos y planos aportados por la empresa Cota 56 topografía SL encargada por el Ayuntamiento de realizar el replanteo y tomar los datos topográficos se apreciaron las siguientes irregularidades:

"1.- El bloque señalado como A.1 en el estudio de detalle que corresponde con el situado más al Norte y Oeste, que se encuentra en construcción en la actualidad, está situado a 2,18 metros respecto a la alineación oficial exterior recogida en el plano de red viaria del estudio de detalle, por tanto incumpliendo la separación a linderos fijada en las normas subsidiarias de planeamiento de Noja que establece, para la tipología de bloque y en suelo calificado A y B1, una separación de 5,0 metros como mínimo.

2.- Los dos bloques en construcción, los situados más al norte y correspondientes con los señalados como A.1 y A.2 en el estudio de detalle, tienen el alero a 12,85 metros sobre la cota de referencia correspondiente a la cara superior del forjado de planta baja. Se sitúan por tanto a una cuota superior a la recogida en el proyecto de octubre la preceptiva licencia de obras.

3.- Nuevamente los dos bloques en construcción, los situados más al norte y correspondientes con los señalados como A.1 y A.2 en el estudio de detalle, tienen una separación entre bloques de 12,15 metros en la zona más desfavorable, no cumpliendo así lo recogido en el plano de ordenación del estudio de detalle (nº 3) en que se fijan 13,0 metros.

4.- En relación al bosque de encinas existente, se remite plano con los datos tomados al técnico D. Humberto para que emita informe al respecto".

Tras lo anterior, el Alcalde Sr. Borja, dictó en fecha 21 de junio de 2010 Decreto de alcaldía acordando la paralización inmediata de las obras, y la incoación de expediente sancionador a la promotora requiriéndola para que en el plazo de dos meses procediera a instar su legalización.

La mercantil Nocanor presentó en fecha 15 de julio de 2010 en el Ayuntamiento de Noja dos informes técnicos donde se ponía de manifiesto la existencia de un evidente error en las mediciones y en las apreciaciones del informe técnico municipal de inspección base de la resolución, informes en los que se evidenciaba la adecuación de las obras realizadas, tanto al Estudio de detalle, como a las Normas subsidiarias del Ayuntamiento de Noja, interesando el alzamiento de la orden de paralización. No obstante lo anterior, D. Borja a sabiendas de la veracidad de los argumentos esgrimidos por la promotora, en fecha 29 de julio de 2010 dictó Decreto de alcaldía por el que ratificó la orden de paralización inicialmente acordada.

En fecha 4 de noviembre 2010 se dictó Decreto de alcaldía acordando imponer a la empresa Nocanor una multa coercitiva por importe de 41.410,71 euros por haber incumplido la orden de paralización, habiéndose constatado por los servicios municipales reiterados incumplimientos de dicha orden de paralización.

- Ha quedado acreditado que D. Borja como condición necesaria para acordar el levantamiento de la paralización acordada por Decreto de alcaldía de fecha 21 de junio de 2010, exigió a D. Jon y a D. Julián que desistieran de los siguientes recursos y procedimientos, tanto penales, como contenciosos administrativos, que los mismos tenían entablados, accediendo los mismos a ello. En concreto:

- En las Diligencias previas número 1044/2010 seguidas ante el Juzgado de instrucción número 1 de Santoña contra D. Borja, D. Cesareo y otros; D. Jon y D. Julián desistieron del recurso apelación interpuesto contra el auto de 4 de febrero del 2011 que acordó el sobreseimiento de la causa.

- En el Procedimiento ordinario número 533/2010 del Juzgado de lo contencioso administrativo número 3 de Santander seguido a instancia de D. Jon contra el Ayuntamiento de Noja; el demandante D. Jon presentó el día 7 de julio de 2011 escrito desistiendo de dicho procedimiento, teniéndole por desistido por Decreto de 26 de julio de 2011.

- En el Procedimiento ordinario número 538/2010 del Juzgado de lo contencioso administrativo número 3 de Santander seguido a instancia de D. Jon contra el Ayuntamiento de Noja; el demandante D. Jon presentó el día 7 de julio de 2011 escrito desistiendo de dicho procedimiento, teniéndole por desistido por Decreto de 21 de julio de 2011.

- En el Procedimiento ordinario número 2002/2010 del Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Santander seguido a instancia de D. Jon contra el ayuntamiento de Noja; el demandante D. Jon presentó el día 7 de julio de 2011 escrito desistiendo de dicho procedimiento, teniéndole por desistido por Decreto de 29 de julio de 2011.

- En el Procedimiento ordinario número 539/2010 del Juzgado de lo contencioso administrativo número 3 de Santander seguido a instancia de D. Jon contra el Ayuntamiento de Noja; el demandante D. Jon presentó el día 7 de julio de 2011 escrito desistiendo de dicho procedimiento, teniéndole por desistido por Decreto de 26 de julio de 2011.

De igual modo, D. Borja impuso tanto a la mercantil Nocanor, como a sus socios D. Jon, D. Julián y D.<sup>a</sup> Juana, como condición previa y necesaria para el levantamiento de dicha paralización, además de la presentación de un proyecto en el que formal y aparentemente se subsanaran los alegados defectos, la suscripción de un documento fechado el 7 de julio de 2011 donde todos ellos reconocieron, tanto el nombre propio, como en representación de la mercantil Nocanor, que la actuación municipal había sido conforme a derecho, sin que nada tuvieran que reclamar, renunciando cualquier ulterior reclamación o responsabilidad patrimonial o por cualquier otro concepto, civil, penal, administrativa y/o de cualquier otra índole, accediendo asimismo a la firma del documento que el Sr. Borja les entregó para su firma.

En fechas 28 y 30 de junio la promotora en cumplimiento de los requerimientos del Sr. Alcalde, presentó en el Ayuntamiento sendos escritos aportando documentación técnica consistente en plano reformado de la reducción de la separación entre edificios de 13 metros a 12,30 metros y plano reformado del tratamiento puramente estético dado a la terminación y extremo de la cubierta que no suponía aumento del aprovechamiento bajo la misma, ni de la altura máxima permitida, interesando la autorización con licencia de tales modificaciones y el alzamiento de la paralización de las obras. El mismo día 30 de junio de 2011 la arquitecta municipal consideró que las modificaciones recogidas en el proyecto presentado no suponían cambios en las superficies construidas, ni en las condiciones urbanísticas de edificabilidad, ocupación y volumen, siendo por tanto compatibles con la normativa vigente, informando no obstante lo anterior, que no se planteaba ninguna solución a la deficiencia relativa a la posición del bloque A.1 en relación con el viario. Tras dicho informe el mismo día 30 de junio de 2011 D. Borja dictó Decreto de alcaldía acordando levantar la orden de paralización tan solo en relación con el bloque A.2, manteniendo la paralización acordada en relación con el bloque A.1 del Estudio de detalle, la cual fue finalmente levantada por Decreto de la Alcaldía de 7 de julio de 2011, estimatorio del recurso de reposición interpuesto contra el anterior Decreto.

- En fecha 19 de marzo de 2009, el Secretario municipal Sr. Cesareo emitió certificación en la que hacía constar que habiéndose concedido a la mercantil Nocanor en fecha 5 de noviembre de 2008 licencia municipal de obras para la construcción de 184 viviendas locales y garajes en la AVENIDA000, desde este Ayuntamiento "no existe impedimento legal alguno para que la licencia de primera ocupación del conjunto urbanístico se tramite en diferentes fases, y por lo tanto, la entrega de la promoción se efectuó de igual manera". No obstante tal certificación, en fecha 1 de agosto de 2012 por la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Noja se concedió licencia de primera ocupación condicionada a la prestación de fianza de urbanización de toda la parcela. Dicha resolución se recurrió por la promotora dictándose inicialmente por el Juzgado de lo contencioso administrativo número 3 de Santander sentencia desestimatoria del recurso la cual fue revocada por la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 19 de diciembre de 2014 con fundamento precisamente en que se había autorizado a la promotora la construcción y la entrega de la promoción en dos fases, sin ser por tanto necesario garantizar la ejecución de las obras de urbanización de la fase II aún sin ejecutar, al encontrarnos además ante suelo urbano consolidado que no necesitaba ser urbanizado.

En fecha 28 de febrero de 2013 por la mercantil Nocanor promociones SL, se presentó ante el Ayuntamiento de Noja escrito formulando reclamación por responsabilidad patrimonial contra dicho Ayuntamiento a consecuencia de los retrasos indebidos en la obtención de la licencia urbanística, así como dada la injusta paralización de las obras durante su ejecución, reclamando por el daño emergente y el lucro cesante sufridos por la promotora Nocanor Promociones SL, la suma de 12.941.159,30 euros. Dicha responsabilidad patrimonial fue desestimada por acuerdo

del Pleno del ayuntamiento de fecha 17 de octubre de 2013, resolución que fue recurrida en reposición y desestimada por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de fecha 13 de febrero de 2014, recurriéndose por dicha mercantil ante el Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Santander, el cual en fecha 5 de abril de 2016 dictó sentencia desestimatoria de dicho recurso al entender que la reclamación se había interpuesto transcurrido el plazo de prescripción.

- No ha quedado acreditado que el acusado D. Borja prevaleciendo de su relación o posición jerárquica en el Ayuntamiento en su condición de Alcalde Presidente del mismo, influyera sobre los técnicos de dicho consistorio con la finalidad de conseguir el dictado por los mismos de resoluciones que le pudieran generar directa o indirectamente un beneficio económico propio o para un tercero. No ha quedado tampoco acreditado que el acusado D. Borja exigiera a la mercantil Nocanor o a cualquiera de sus socios dádiva, favor o retribución de cualquier clase para realizar ningún acto propio de su cargo fuera justo o injusto."

## Segundo.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

### "FALLO

Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a D. Borja y D. Cesareo, como Autores responsables de un delito continuado de PREVARICACION previsto y penado en el art 404 del Código penal , a las siguientes penas:

- A D. Borja a la pena de DIEZ AÑOS de inhabilitación especial para empleo o cargo público , debiendo especificarse, que dicha pena afecta al cargo público de Alcalde, Concejal o miembro del ente local, así como a cualquier otro cargo público que dependa de su elección democrática conforme a la legislación electoral, pena que determina la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae, aún siendo electivo, y de los honores que le sean anejos, así como de la posibilidad de obtenerlos.

- A D. Cesareo, a la pena de NUEVE AÑOS de inhabilitación especial para empleo o cargo público , debiendo especificarse, que dicha pena afecta al cargo público de Secretario municipal y cualquier otro que implique el ejercicio de funciones públicas, pena que determina la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae, aún siendo electivo, y de los honores que le sean anejos, así como de la posibilidad de obtenerlos.

Se condena a cada acusado al pago de una sexta parte de las costas causadas, incluidas las generadas por la acusación particular.

Dichos acusados de forma conjunta y solidaria deberán de indemnizar a la mercantil Nocanor Promociones SL, en el importe relativo al incremento de los costes que tuvo que soportar dicha mercantil, derivados de la presentación del proyecto de urbanización, incluido el presentado en un segundo momento con las mejoras que le fueron exigidas, así como del proyecto de compensación, a determinar en ejecución de sentencia. Se ABSUELVE libremente al Excmo. Ayuntamiento de Noja de la pretensión deducida contra el mismo en condición de responsable civil subsidiario.

Asimismo, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. Borja libremente y con todo tipo de pronunciamientos favorables, del delito de Negociaciones prohibidas a funcionarios, del delito de Tráfico de influencias, así como de los dos delitos de Cohecho por los que había sido acusado, declarando de oficio cuatro sextas partes de las costas causadas.

Abónese en su totalidad el tiempo que el o los acusados hayan estado privados de libertad por esta causa si no les hubiera sido abonado con anterioridad.

Recábase, en su caso, la pieza de responsabilidad civil, al Juzgado de Instrucción del que procede la causa.

Dese a las piezas de convicción y efectos intervenidos el destino previsto en las Leyes y Reglamentos.

Notifíquese la presente resolución a los perjudicados, tal y como dispone el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Esta Sentencia no es firme. Contra la misma puede prepararse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro de los CINCO DIAS siguientes al de la última notificación de la Sentencia."

## Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, las representaciones procesales de Borja, de Cesareo y de la mercantil Nocanor Promociones, SL Giménez anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, recursos que se tuvieron por preparados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

## Cuarto.

Los recursos formalizados por Borja y por Cesareo se basaron en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

### Primero.

Por quebrantamiento de forma del artículo 851 de la LECRIM, en su modalidad de "vicio in iudicando", como consecuencia de la falta de claridad y manifiesta contradicción entre los hechos probados (folios 5 a 23).

### Segundo.

Por infracción de ley del artículo 849.2 de la LECRIM, por error en la valoración de la prueba ("error facti"), al no haberse pronunciado el Tribunal sobre los informes técnicos y jurídicos de los Servicios Técnicos Municipales del Ayuntamiento de Noja y de otros peritos contratados por la Corporación Municipal, documentos literosuficientes que evidencian la equivocación del juzgador.

### Tercero.

Por infracción de precepto constitucional de los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ, al considerar que la sentencia vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución Española, como consecuencia de haberse vulnerado el principio constitucional "non bis in ídem". Se renuncia a su formalización.

### Cuarto.

Por infracción de precepto constitucional de los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ, al haberse vulnerado el derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva, en su vertiente de falta de motivación suficiente, previsto en el artículo 24 de la Constitución Española, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución, referente a la interdicción de la arbitrariedad.

Quinto.

Por infracción de precepto constitucional de los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ, al considerar que la sentencia vulnera el derecho constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24.2 Constitución Española.

Sexto.

Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, al haberse infringido el artículo 404 del Código Penal en relación con los artículos 27 y 28 del Código Penal vigente en el momento de los hechos (ex LO 10/1995 CP) y la jurisprudencia aplicable al delito de prevaricación administrativa.

Séptimo.

Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, al haberse infringido el artículo 74 del Código Penal, en relación con el artículo 404 del Código Penal vigente en el momento de los hechos (ex LO 10/1995 CP) y la jurisprudencia relativa a la continuidad delictiva del delito de prevaricación administrativa.

Octavo.

Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, al haberse infringido los artículos 109 y 110 del Código Penal y la jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil ex delicto. Se renuncia a su formalización.

Noveno.

Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, al haberse infringido lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal, en relación con los artículos 239 y 240 de la LECRIM y la jurisprudencia relativa a las costas procesales. Se renuncia a su formalización.

Décimo.

Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, al no haberse aplicado el artículo 21.6 del Código Penal, en relación con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

El recurso formalizado por la mercantil Nocanor Promociones, SL se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender que se produce inaplicación indebida del artículo 420 del Código Penal tanto en sus respectivas redacciones dadas por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal como en las redacciones dadas por el artículo único.84 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por el artículo único.29 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y por el artículo único.128 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Segundo.

Por infracción de ley del artículo 849.2 de la LECRIM, por existir un error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios y que vienen referidos al importe de los perjuicios económicos causados al querellante como consecuencia de los actos delictivos cometidos por los acusados.

Tercero.

Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender, vistos los hechos que han sido declarados probados, que ha existido infracción de precepto penal sustantivo al inaplicarse indebidamente el artículo 121 del Código Penal. en relación al artículo 100 y siguientes de la LECRIM, debiéndose declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Noja por los perjuicios causados por los penados.

Quinto.

Conferido traslado para la instrucción, el Ministerio Fiscal impugnó los motivos de los recursos de Borja y Cesareo y apoyó los motivos segundo (parcialmente) y tercero del recurso interpuesto por la mercantil Nocanor Promociones, SL. La representación procesal del Ayuntamiento de Noja impugnó el recurso interpuesto por Nocanor Promociones, SL, en relación a la responsabilidad civil que se reclama. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera.

**Sexto.**

Realizado el señalamiento para la vista, se celebró el día 11 de julio de 2023, con la asistencia de los letrados recurrentes, don Juan Manuel Casanueva Pérez-Llantada, en defensa de Borja; don Javier Cuairán García, en defensa de Cesareo; y don Ricardo Gundín Quiroga, en defensa de la mercantil Nocanor Promociones, SL. Por la parte recurrida comparece el letrado don Antonio Gutiérrez Fernández, en defensa del Ayuntamiento de Noja. Por el Ministerio Fiscal comparece el Excmo. Sr. D. José Luis Bueren Roncero, que se ratifica en su informe de fecha 7 de febrero de 2022 y apoya los motivos segundo (parcialmente) y tercero del recurso interpuesto por Nocanor, Promociones, SL.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

*Recurso interpuesto por Borja.*

**Primero.**

La Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cantabria, en su Rollo de Sala 5/2019, dictó Sentencia el 11 de junio de 2021, en la que condenó a: 1) Borja como autor criminalmente responsable de un delito continuado de prevaricación de los artículos 404 y 74 del Código Penal, imponiéndole las penas de 10 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, afectando la pena al cargo público de alcalde, concejal o miembro de cualquier ente local, así como a cualquier otro cargo público que pueda depender de su elección democrática conforme a la legislación electoral y 2) a Cesareo como autor, por cooperación necesaria, del mismo delito, imponiéndole la pena de 9 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, afectando expresamente a su cargo de Secretario municipal.

La sentencia también condenaba a los acusados a que indemnizaran conjunta y solidariamente a la mercantil Nocanor Promociones SL en el importe relativo al incremento de los costes que tuvo que soportar dicha mercantil derivados de la presentación del proyecto de urbanización (incluido el presentado en un segundo momento con ocasión de las mejoras que le fueron exigidas), así como del proyecto de compensación; costes que habrían de ser determinados en ejecución de sentencia. Condena económica a la que se sumó el pago de una sexta parte de las costas procesales causadas, incluidas las generadas por la intervención en el proceso de la acusación particular.

Por último, la sentencia absolvió a Borja del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, así como del delito de tráfico de influencias y de los dos delitos de cohecho por los que fue también acusado.

1.1. El acusado cuyo recurso analizamos en primer término ha estructurado su impugnación en torno a siete motivos, renunciando a la formalización de los motivos inicialmente anunciados en los ordinales tercero, octavo y noveno. Su recurso de casación arranca con una denuncia por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851 de la LECRIM, por falta de claridad y manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados.

En concreto, el motivo reprocha que se haya condenado al recurrente como autor de un delito continuado de prevaricación por las resoluciones enjuiciadas que adoptó como alcalde de la localidad de Noja (Cantabria), cuando los hechos probados no proclaman que sus decisiones supusieran una desviación clamorosa, grosera o patente de las exigencias legales. Subraya también que el factum de la sentencia detalla cinco informes técnicos que precedieron a las resoluciones del alcalde y que prestaban pleno sustento al contenido decisional que se criminaliza, aduciendo además que un informe de 29 de abril de 2003 consideró que las fincas adquiridas por Nocanor Promociones SL tenían la consideración de suelo urbano no consolidado y declaraba, por ello, que para poder realizar una promoción urbanística sobre ellas se precisaba de la elaboración y aprobación de un estudio de detalle, así como ciertas actuaciones de urbanización; recogiendo el contenido del informe en otro dictamen que emitió la entidad Atrius Asociados, SA el 2 de junio de 2006. Destaca que estos informes plasmaron la obligación del constructor de presentar un estudio de detalle y un proyecto de urbanización, así como su obligación de ceder al municipio el 10% del aprovechamiento del terreno, fundamentando así el posicionamiento del Ayuntamiento; lo que reprocha que no contemple la sentencia impugnada.

1.2. Analizando los defectos de forma en los que puede incurrir una sentencia, nuestra jurisprudencia tiene declarado que un requisito imprescindible de las sentencias penales es contener un relato de hechos probados que resulte claro y permita su comprensión. Ello es así porque los hechos declarados probados en la resolución deben

relacionarse con los fundamentos jurídicos de ésta, lo que exige que la descripción fáctica sea lo suficientemente clara y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, permitiendo así la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, así como que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo de la sentencia formen un todo congruente ( SSTS 945/2004, de 23 de julio y 94/2007, de 14 de febrero). Por ello, la doctrina jurisprudencial ( SSTS 1006/2000, de 5 de junio; 471/2001, de 22 de marzo; 717/2003, de 21 de mayo; 474/2004, de 13 de abril; 1253/2005, de 26 de octubre; 1538/2005, de 28 de diciembre; 877/2004, de 22 de octubre; 24/2010, de 1 de febrero) ha entendido que la sentencia debe ser anulada cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión o también por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado ( SSTS 1610/2001, de 17 de septiembre; 559/2002, de 27 de marzo).

En todo caso, es necesario que la falta de claridad sea interna, en el sentido de venir ubicada en el hecho probado, sin que pueda oponerse respecto a otros apartados de la sentencia y aducir con ello que la sentencia está carente de una lógica-argumental cuya impugnación debiera articularse por otras vías como el error de derecho o incluso la debilidad racional de la valoración probatoria.

Y hemos indicado también que la incomprensión del relato fáctico debe estar causalmente relacionada con la calificación jurídica de la sentencia, hasta el punto de impedir evaluar la correcta subsunción de los hechos enjuiciados.

1.3. En términos parecidos, el paralelo análisis del vicio in iudicando de plasmar elementos fácticos contradictorios lleva a que la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 253/2007, de 26 de marzo o 121/2008, de 26 de febrero) haya sostenido que la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos ( STS 299/2004, de 4 de marzo), con el mismo déficit para entender el juicio de subsunción jurídica que antes hemos expresado.

Por esto, la misma jurisprudencia señala ( SSTS 301/2015, de 20 mayo; 231/2016, de 17 marzo o 267/2017, de 26 enero, entre muchas otras) que para que pueda prosperar este motivo de casación es necesario: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra; b) que sea insubsanable y no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato; c) que sea interna en el hecho probado o, de venir referida a apartados del fundamento jurídico, que estos tengan un indudable contenido fáctico; y d) que la contradicción resulte relevante para el sentido del fallo, por afectar a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica. De este modo, en la STS 1250/2005, de 28 de octubre, decíamos "Como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de hechos contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación a la calificación jurídica en que consiste el iudicium, lo que se debe significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causa y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declare probado y sus consecuencias jurídicas".

1.4. La aplicación de la mencionada doctrina al caso de autos muestra la necesaria desestimación del motivo.

Como se ha recogido en los hechos probados de esta resolución, el relato histórico de la sentencia recoge que: "El acusado D. Borja, conecedor de que D. Gaspar y sus familiares eran propietarios de varias fincas situadas en el casco urbano de Noja sobre las que se podían edificar numerosas viviendas, mantuvo con el Sr. Gaspar, aproximadamente en el año 2006, negociaciones tendentes a adquirir dichas fincas. D. Borja en una de esas conversaciones le dijo al Sr. Gaspar que a la hora de tener en cuenta las diferentes ofertas, tuviera en consideración que "él era quien concedía en las licencias urbanísticas". No obstante lo cual, dichas negociaciones con el Sr. Borja no fructificaron y el Sr. Gaspar y sus familiares se decantaron por la oferta que consideraron más ventajosa, que fue la efectuada por la mercantil Promociones Nocanor, SL, a la que finalmente vendieron dichas fincas". Y añade que, como reacción a no haber podido comprar las fincas, el recurrente "pese a conocer que al tratarse de una finca de propietario único ubicada en el entramado o malla urbana dotada de los servicios esenciales la misma no precisaba de obras de urbanización, y siendo asimismo conecedor de que para llevar a cabo la edificación proyectada por la mercantil Nocanor SL no era necesario tramitar ni proyecto de urbanización ni tampoco proyecto de compensación...exigió a dicha promotora la tramitación de sendos proyectos de urbanización y compensación con carácter previo a la concesión de la licencia de obras. De igual modo, D. Borja, a sabiendas de la ilegalidad de su proceder y actuando con la finalidad de dificultar la construcción proyectada por la mercantil Nocanor, acordó la paralización de las obras", detallando a continuación cada una de estas resoluciones adoptadas por el recurrente o por la Junta de Gobierno que él presidía.

Consecuentemente, puede apreciarse que el redactado de los hechos probados no ofrece problemas para la comprensión de su contenido y que detalla al tiempo cuáles fueron las lesivas decisiones que se tomaron, en qué aspecto resultaron contrarias a la legalidad urbanística y cuál fue el verdadero motivo que impulsó al recurrente a adoptarlas. Con ello, la sentencia claramente identifica todos los elementos fácticos que eran necesarios para evaluar la dimensión jurídica del comportamiento del acusado y poder concluir que las resoluciones enjuiciadas

supusieron una desviación clamorosa y patente de unas previsiones legales y normativas que proclamaban que los terrenos tenían la consideración de suelo urbano consolidado y que, al pertenecer desde el año 2006 todas las fincas a un único propietario, según las normas subsidiarias de planeamiento, no resultaba aplicable la ordenanza especial n.º 31 y su exigencia de que el promotor presentara estudio de detalle, proyecto de compensación y proyecto de urbanización. Y aunque las decisiones consistoriales controvertidas estuvieron formalmente fundadas en determinados informes técnicos que apoyaron la obligación de que el promotor presentara un proyecto de urbanización o de compensación, el Tribunal realiza un análisis del contenido de esos informes y de su contradicción con la normativa aplicable al caso o con otros posicionamientos previos de los mismos profesionales que emitieron los informes, concluyendo que esos dictámenes fueron de complacencia y se emitieron como instrumento con el que tratar de justificar las decisiones obstativas del recurrente.

1.5. Tampoco puede apreciarse la existencia del vicio de incongruencia omisiva que el recurrente introduce en el desarrollo del motivo y que centra en que el Tribunal de instancia desatendió el informe de 29 de abril de 2003 antes referenciado.

Insiste en que ese informe -que se incorporó parcialmente en el informe emitido por Atrius en el año 2006- consideró los terrenos como suelo urbano no consolidado, declarando la necesidad de presentar un estudio de detalle y de realizar determinadas actuaciones de urbanización, siendo ello lo que justificó que el Ayuntamiento exigiera el proyecto de urbanización y la cesión del 10% del aprovechamiento. Olvida sin embargo, como ya dijimos en la STS 495/2015, de 29 de junio, con cita de la sentencia de esta Sala 1100/2011, de 27 de octubre, que el vicio denominado por la jurisprudencia como "incongruencia omisiva" o "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada; si bien teniendo en cuenta que el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones de las partes, sino que para desestimar correctamente la pretensión basta con que el Tribunal exteriorice la argumentación en la que se apoya su decisión en sentido contrario.

Y la exigencia de respuesta se ha visto plenamente colmada en este supuesto. Más allá de que el recurso no desvela el concreto contenido del informe que dice emitido el 29 de abril de 2003, ni identifica tampoco el folio de las actuaciones en el que se recoge, lo que reprocha en su alegato es que no se declare probado que el alcalde resolvió el expediente urbanístico de buena fe y confiando siempre en la corrección técnica de aquel dictamen. Pero el Tribunal desecha la pretensión defensiva expresando claramente las razones por las que considera que, pese a los informes, el alcalde conocía la ilegalidad de sus decisiones y optó por imponer su personal voluntad con la clara intención de perjudicar a la entidad que había malogrado su aspiración de adquirir y urbanizar personalmente los terrenos. La pretensión de la defensa quedó así concretamente resuelta, sin perjuicio de que con ocasión del motivo de casación formalizado por quebranto del derecho constitucional a la presunción de inocencia o del motivo formalizado por infracción de ley e indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal, deberá supervisarse la razonabilidad del juicio indiciario del que el Tribunal extrajo sus convicciones o del juicio de subsunción de los hechos en el tipo penal indicado.

El motivo se desestima.

## **Segundo.**

**2.1.** El segundo motivo se formaliza por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849.2 de la LECRIM, argumentando error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador.

En su alegato reprocha que no se han valorado correctamente los dieciséis informes emitidos por Juan Enrique respecto a la exigibilidad de un estudio de detalle para el proyecto urbanístico que se enjuicia, así como de un proyecto de urbanización y de la necesidad de ceder el 10% del aprovechamiento tipo de los terrenos; denunciando también que no se haya hecho abstracción de los diecisiete informes emitidos por la arquitecta municipal Carmen, en los que se fundó la decisión del recurrente de paralizar las obras y, posteriormente, de alzar la prohibición a medida que la empresa constructora iba corrigiendo los defectos inicialmente detectados. En realidad, lo que sostiene es que tales informes son concluyentes de que el acusado siempre resolvió en la creencia de que sus decisiones eran las legalmente procedentes.

**2.2.** Ha señalado esta Sala en numerosas sentencias que la vía del error en la apreciación de la prueba exige, como requisitos, los siguientes: a) debe tratarse de una verdadera prueba documental, quedando excluidas

las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; b) es necesario que el documento sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar, por su propio contenido, algún elemento fáctico o material de la sentencia, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones; c) sobre el extremo contemplado por el documento, no deben existir otros elementos de prueba, pues en ese caso nos encontraríamos ante un problema de valoración probatoria, sometido por ello a las específicas reglas de ponderación conjunta y razonable de todos los medios de prueba; y d) es necesario que el dato o elemento acreditado por el documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo ( STS 36/2014, de 29 de enero).

### **2.3. Lo expuesto conduce a la desestimación del motivo.**

El recurrente apela a los informes emitidos por los arquitectos municipales en el expediente urbanístico, como prueba incontestable de que el recurrente actuó con la convicción de que sus decisiones eran jurídicamente oportunas. Aduce que el Tribunal no ha valorado el informe del arquitecto municipal Juan Enrique, quien sostenía que el propietario de los terrenos debía presentar el proyecto de urbanización, determinando con ello que el proyecto fuera exigido por el Consistorio. Y expresa además que la decisión de suspender las obras respondió a los defectos de construcción apreciados por la arquitecta municipal Carmen en su informe de 16 de junio de 2010, habiéndose levantado gradualmente la suspensión conforme la técnica informaba de las correcciones; lo que tampoco habría sido contemplado por el Tribunal.

Aun cuando una estimación del alegato no impediría que se mantuviera el reproche penal por haberse exigido la compensación por el aprovechamiento urbanístico de los terrenos, el motivo tampoco respeta lo que realmente refleja la sentencia.

El Tribunal no omite la consideración de estos informes, ni plasma tampoco una realidad que se enfrente a aquellos y esté carente de sustrato probatorio. Frente a la pretensión del recurrente, que reclama que se proclame su buena fe por haber actuado conforme a los informes emitidos por los arquitectos municipales que estuvieron a sus órdenes, la sentencia de instancia confronta el parecer de los arquitectos con otros elementos probatorios personales y documentales. Y es este material contradictorio con los informes de los arquitectos lo que lleva al Tribunal a proclamar que los informes se instrumentalizaron para ofrecer una apariencia de legalidad a las decisiones del alcalde de Noja y justificar su adopción.

2.3.1. En concreto, respecto de los informes del arquitecto municipal Juan Enrique, la sentencia destaca que ese mismo arquitecto, antes de los informes y en concreto en fecha de 10 de octubre de 2007, había emitido una ficha urbanística sobre las fincas en las que sostuvo la tesis contraria a la que proclama en sus informes. Concretamente, en aquella ficha hizo constar "... que dos de las parcelas, en concreto las dos primeras NUM002 y NUM003-, estaban clasificadas por las normas subsidiarias de Noja como suelo urbano, ordenanzas A y B1, apareciendo delimitadas dentro de la Ordenanza Especial 31 (OE-31), haciéndose constar que para solicitar licencia deberán, bien presentar un estudio de detalle, proyecto de compensación y proyecto de urbanización, o bien, aparecer como propietario único de la totalidad de las fincas, "momento en el que desaparecería la OE que tiene como único objeto garantizar la condición de parcela mínima de la totalidad de las fincas delimitadas". También se hacía constar que la parcela NUM010 estaba clasificada como suelo urbano ordenanza A, la parcela NUM011 como suelo urbano ordenanza A y B1 y la parcela NUM012 como suelo urbano ordenanza B1". Pese a ello, en los informes que aduce el recurso, el técnico condujo su posicionamiento hasta la tesis contraria a partir de argumentos inespecíficos e inconsistentes, diciendo que "antes de concederse la licencia de obra solicitada era necesario tramitar un proyecto de urbanización, habida cuenta las características de la finca, y en concreto "sus dimensiones, la edificación a la que se plantea dar cabida, su posición en la trama urbana municipal y la masa arbórea afectada".

De otro lado, el rechazo de credibilidad deriva también de la confrontación del dictamen del arquitecto municipal con otros elementos probatorios.

En concreto valora que el novedoso posicionamiento del técnico municipal se emitió en el mismo sentido que otro informe redactado por la entidad Atrius, lo que devalúa su credibilidad no sólo por ser contrarios al parecer expresado por la jurisdicción contencioso-administrativa e incluso al redactado de las normas subsidiarias de planeamiento, sino porque el informe de Atrius se muestra parcial en su génesis. Además de que no se ha ofrecido ninguna razón para incorporar el informe de Atrius al expediente urbanístico iniciado por la solicitud de licencia de obras cursada por Nocanor, se valora que el informe se encargó por el acusado después de que se malograrán sus expectativas de negocio y antes incluso de que la empresa que adquirió los terrenos llegara a abordar cualquier actuación administrativa en el Ayuntamiento de Noja.

Por último, el Tribunal de instancia indica que "ninguna de las características mencionadas por dicho técnico en su informe permitía concluir, como así se declaró finalmente con toda contundencia por la jurisdicción contencioso-administrativa en las sentencias de 3 de diciembre de 2010 y de 12 de diciembre de 2011, que nos encontráramos ante terrenos que precisaran de la realización de un proyecto de urbanización en el sentido exigido

por la legislación aplicable. Tal conclusión, se encuentra reforzada desde el momento en que el artículo 63 de dicha Ley 2/2001 al definir dichos proyectos de urbanización, dispone con toda claridad, que "Los Proyectos de Urbanización son proyectos de obras que tienen por finalidad llevar a la práctica y posibilitar la realización material de las determinaciones de los Planes. Los Proyectos de Urbanización constituyen instrumentos de desarrollo del planeamiento que no podrán contener determinaciones sobre ordenación y régimen del suelo o de la edificación. ...", no existiendo constancia alguna en la causa, como así se puso de manifiesto en las mencionadas sentencias, de que el planeamiento aplicable en el ayuntamiento de Noja estableciera ninguna obligación o proceso de urbanización en los mencionados terrenos, que por ello fueron calificados por dicha jurisdicción y con toda contundencia como constitutivos de suelo urbano consolidado, calificación que desde el punto de vista urbanístico como así lo expresan las mencionadas sentencias hacían innecesaria, no sólo la presentación de un proyecto de urbanización, sino también de un proyecto de compensación así como de la cesión del 10% del aprovechamiento".

2.3.2. Finalmente, respecto de los dictámenes con los que trata de fundamentarse la decisión de paralizar las obras o su posterior reanudación parcial, el Tribunal los considera igualmente manipulados e instrumentalizados y lo hace nuevamente sobre elementos probatorios contrarios a la tesis de la defensa.

Concretamente subraya que "...a la vista del contenido de los informes elaborados por D. Tomás y D. Vidal, llega a la convicción, de que las obras ejecutadas por la promotora en el momento en el que tuvo lugar la paralización, se ajustaban, tanto al contenido del estudio de detalle como al proyecto de ejecución aprobados por el Ayuntamiento, habiéndose manejado para elaborar el informe técnico que dio lugar al Decreto de paralización, cartografía desfasada, no habiéndose tenido en cuenta las cesiones realizadas por el propietario en el año 1990 que también han sido acreditadas documentalmente, existiendo una importante diferencia de medición en relación con la alineación respecto a los viales de casi tres metros, que los peritos tildan de "sorprendente", y que entienden que difícilmente podría achacarse a un mero error de medición en relación con la supuesta distancia entre la línea de edificación y los viales, lo que abunda aún más en la naturaleza arbitraria e injusta de la paralización acordada por el Sr. Borja, el cual de forma deliberada basó su decisión en un informe a todas luces erróneo...".

Añade que " En definitiva, lo hasta ahora expuesto, pone de manifiesto que el informe técnico elaborado por la arquitecto municipal D.<sup>a</sup> Carmen, cuanto menos partió de datos inexactos, pudiendo, en el supuesto más favorable, haber sido inducida a error a la vista de los datos que le pudo haber facilitado la empresa Cota 56, datos que a la vista de su clamorosa discrepancia con la realidad física allí existente, difícilmente pudieron haber sido tomados por la empresa Cota 56 sobre el terreno, no existiendo constancia en la causa de la documentación que pudo haber manejado la empresa Cota 56 cuyo informe por lo demás no consta en las actuaciones. A lo anterior debe de añadirse, a la vista de lo declarado en el acto del plenario por el perito Sr. Vidal, que hasta el momento en el que se dictó dicho informe, los técnicos del Ayuntamiento que venían realizando los replanteos venían interpretando "con bondad" los errores existentes en la cartografía en relación con los "ejes viales", reconociendo sus deficiencias, habiéndose apartado de dicha interpretación en el informe recaído en el expediente que aquí se analiza, lo que hace pensar en la alta probabilidad de que pese a haberse interesado el replanteo en el mes de febrero de 2010, el mismo de forma deliberada no se llevara a efecto sino hasta transcurridos dos días de la jubilación del topógrafo que hasta ese momento venía realizando dicho replanteo dos en materia de viales, lo que sin lugar a dudas favoreció y en definitiva propició que la empresa contratada a dicho fin, desconocedora de los errores cartográficos y de las interpretaciones técnicas que se veían efectuado para superarlos, incurriera en error a la hora de efectuar las mediciones conforme a los planos que estaban obsoletos, error que se plasmó en el correspondiente informe técnico en el que se basó la orden de paralización analizada".

Y añade, por último, el voluntarismo que condujo el levantamiento de la decisión de suspender las obras, resaltando el contenido de la prueba testifical practicada con D. Jon y D. Juan María, quienes relataron en el plenario que "tras dicha orden de paralización el Alcalde del municipio Sr. Borja, exigió a los representantes de la mercantil Nocanor, como condición necesaria para levantar la paralización de las obras, que desistieran de varios recursos y procedimientos, tanto penales como contenciosos administrativos que los mismos tenían entablados, estando acreditado documentalmente en la causa (folios 330 y siguientes), que los mismos con la finalidad de poder continuar con la ejecución de la obra accedieron a dicha condición, desistiendo de los siguientes procedimientos...".

2.3.3. Lo expuesto muestra que los documentos significados por la defensa no pueden conducir a la modificación de los hechos probados que pretende el motivo, sin perjuicio de que sea con ocasión del motivo en el que se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia cuando se analice si el material probatorio permite inferir, razonablemente, que el acusado fue consciente de que la actuación propuesta por los técnicos y que acogió en sus decisiones resultaba radicalmente enfrentada a la legalidad.

El motivo se desestima.

**Tercero.**

**3.1.** El cuarto motivo se formaliza por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ, al entender vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de falta de motivación suficiente, previsto en el artículo 24 de la Constitución Española, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución referente a la interdicción de la arbitrariedad.

El recurso denuncia la carencia de una motivación lógica. En primer lugar, porque la Sala expresó dudas sobre uno de los hechos que configuran el tipo penal de acusación, en concreto, sobre si concurría en el recurrente el ánimo de dictar las resoluciones a sabiendas de su injusticia y como represalia por no haber logrado adquirir las fincas. En segundo lugar, porque no se ha cuestionado la integridad del informe emitido por Atrius o la razonabilidad de sus conclusiones, de modo que nos encontramos "ante una mera divergencia entre las resoluciones municipales dictadas por el Alcalde, en unos casos, y la Junta de Gobierno Local, en otros, y las dos sentencias, de 3 de diciembre de 2010 y 12 de diciembre de 2012, que fueron dictadas en la jurisdicción contencioso-administrativa y que entendían que no era necesaria la presentación de un estudio de detalle, proyecto de urbanización y cesión del 10% del aprovechamiento tipo".

**3.2.** Las alegaciones carecen del sustrato real que se esgrime.

La Sala no expresa ninguna duda sobre la intencionalidad que rigió el comportamiento del acusado. La sentencia de instancia proclama que Borja adoptó sus decisiones conociendo que contradecían el ordenamiento jurídico y con la finalidad de dificultar la normal ejecución del proyecto de construcción y perjudicar con ello al promotor. Describe que, por tratarse de una promoción sobre fincas pertenecientes a un solo propietario y ubicadas en un núcleo urbano consolidado, el recurrente sabía que la promoción no exigía de un proyecto u obras de urbanización, ni de un proyecto de compensación, pese a lo cual exigió que Nocanor Promociones SL tramitara sendos proyectos con carácter previo a la concesión de la licencia de obras. De igual modo afirma que Borja, a sabiendas de la ilegalidad de su proceder y actuando con la finalidad de dificultar la construcción proyectada por la mercantil, acordó y ratificó la paralización de las obras por unos defectos que sabía erróneos.

Y las conclusiones del Tribunal se extraen de un juicio de inferencia que se detalla en la sentencia y que resulta razonable a partir de las acreditaciones obtenidas.

A. Respecto a la exigencia de los proyectos de urbanización y compensación, la sentencia no otorga trascendencia a los informes favorables emitidos por los arquitectos municipales, sino que contempla el conocimiento directo que tenía el recurrente.

Asume que el acusado conocía que los terrenos eran suelo urbano consolidado y que su promoción no exigía de la presentación de proyectos de urbanización y compensación. Lo hace tanto porque el testimonio del Sr. Gaspar plasmó que el alcalde había intentado comprar los terrenos para edificarlos (lo que presupone que conocía suficientemente su realidad urbanística), como por haberlo evidenciado el acusado con ocasión de una intervención que quedó documentada en el acta levantada con ocasión de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Noja celebrada el 26 de febrero de 2007, en la que el recurrente informó a los demás comparecientes que, de conformidad con las Normas Subsidiarias de Planeamiento, la Ordenanza Especial n.º 31 (que exige de la presentación de un proyecto de urbanización y otro de compensación) no era aplicable a la entidad Nocanor, al ser todo el terreno de actuación de su propiedad.

Con ello, el Tribunal constata que el acusado actuó contrariando su conocimiento de la legalidad aplicable, lo que ha sido también censurado por la jurisdicción contencioso-administrativa; infringiendo así que las decisiones se adoptaron con la única intención de perjudicar a la empresa promotora. No sólo porque a los informes técnicos que sustentaban lo contrario se les considera instrumentalizados para justificar la desviación de poder y no se les otorga credibilidad en los términos adelantados en el fundamento anterior (incluyendo en ellos el informe emitido por la entidad Atrius), sino también porque el acusado había fracasado en su pretensión de adquirir los terrenos analizados y había prevenido al vendedor durante el proceso de negociación que "tuviera en consideración que él era quien concedía las licencias urbanísticas".

B. Respecto a la paralización de las obras, el Tribunal proclama que se decretó sin causa real y con la exclusiva finalidad de dificultar la construcción proyectada por la mercantil. Y su juicio de inferencia deriva de constataciones probatorias adecuadamente engarzadas por las reglas de la lógica y de la experiencia humana.

En primer lugar, por la existencia de un expediente administrativo que evidencia -en los términos expuestos- la intención del alcalde de obstaculizar el desarrollo del proyecto desde el primer momento y las razones que le impulsaron a comportarse de ese modo. Pero, como expresamos en el fundamento anterior, se añade una prueba pericial que evidenció que la paralización de la construcción de los dos edificios descansó en desviaciones del proyecto erróneamente evaluadas; además de una prueba testifical y documental que mostró que el alcalde hizo depender el mantenimiento o el levantamiento de la prohibición de construir, de circunstancias absolutamente ajenas a los motivos formales con los que había fundamentado su decisión inicial.

El motivo se desestima.

#### **Cuarto.**

**4.1.** El quinto motivo de su recurso se formaliza por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ, al considerar que la sentencia vulnera el derecho constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

Sobre argumentos equivalentes a los anteriormente analizados y desde su propia valoración del material probatorio, el recurso niega que las resoluciones del alcalde fueran arbitrarias o que se emitieran con la intención de perjudicar al promotor de las obras.

**4.2.** Como se ha explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre; 742/2007, de 26 de septiembre; o 52/2008, de 5 de febrero), "cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio". Una verificación que alcanza a que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio ( STS 1125/2001, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Debe recordarse también que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la de esta Sala han reconocido la validez de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (ver, entre las más recientes, las SSTS 500/2015, de 24 de julio y 797/2015, de 24 de noviembre, así como las SSTC 133/2014, de 22 de julio y 146/2014, de 22 de septiembre). A falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se cumplan determinados requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

Es cierto, como se indica en el recurso, que controlar la racionalidad de la valoración probatoria del Tribunal de instancia, no sólo entraña hacerlo desde la solidez o cohesión lógica entre el hecho base y el acontecimiento deducido, sino desde su calidad concluyente, no siendo razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa ( STS 500/2015, de 24 de julio). En todo caso, la doctrina constitucional refleja que solo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" ( STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4 y 23), debiendo rechazarse las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado...".

**4.3.** Lo expuesto conduce a la desestimación del motivo.

Las normas subsidiarias de planeamiento recogían expresamente la inexigencia de un plan de urbanización y de compensación para promover la construcción en unas fincas que tenían la consideración de suelo urbano consolidado y que pertenecían a un mismo propietario; lo que el recurrente incuestionablemente conocía, tanto por su condición de empresario interesado en la adquisición de los terrenos, como por ser alcalde de la localidad (tal y como se reflejó en el acta de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Noja celebrada el 26 de febrero de 2007).

El recurrente conocía, además, que las fincas habían sido adquiridas por Nocanor Promociones SL. Lo supo antes de que la empresa constructora solicitara la licencia de obras en el Ayuntamiento de Noja pues, según testimonio del vendedor de las fincas, así como del administrador de la entidad Nocanor, la operación de venta no sólo supuso la frustración de la aspiración del acusado de comprar las fincas, sino que determinó que buscara

asociarse con la familia Ceferino (compradores) para obtener una participación y un beneficio económico en virtud de la promoción de los solares.

En ese contexto, también antes de que Nocanor solicitara del Ayuntamiento la concesión de licencia de obra, se encargó un informe a la entidad Atrius sobre las obligaciones urbanísticas de las parcelas compradas por Nocanor. El informe sirvió de base para otros que fueron emitidos por el arquitecto municipal y todos ellos se utilizaron para justificar las indebidas exigencias que ahora se enjuician, concluyendo el Tribunal que el informe de Atrius hubo de ser encargado por el acusado pues: a) Demetrio (que elaboró el informe), declaró que el estudio se había encargado por alguien del Ayuntamiento, creyendo recordar que había sido el recurrente y b) El encargo se hizo por alguien que sabía que todas las fincas pertenecían a un mismo propietario, siendo el alcalde el único que podía conocer esa circunstancia en aquel momento, dado que la venta notarial y el expediente municipal para la promoción de la obra se abordaron con posterioridad a que Atrius emitiera el informe.

Por último, el Tribunal valora que estas decisiones consistoriales no sólo fueron contrarias a las normas de planeamiento que el recurrente conocía, sino que operaron como un mecanismo que dificultaba el desarrollo del proyecto empresarial; observando que esta actuación obstativa, como la decisión del alcalde de paralizar la obra en las circunstancias antes expuestas, son comportamientos coherentes con la velada amenaza de boicotear la iniciativa urbanística de cualquier otro comprador de los solares, emitida ante el vendedor de los terrenos, Gaspar, cuando el acusado pretendía la compra de las fincas.

Con todo, como se ha ido expresando a lo largo de esta resolución, el Tribunal infiere de manera lógica que el recurrente conocía la ilegalidad de sus decisiones y que las adoptó con la intención de perjudicar a la inmobiliaria que adquirió los solares que él mismo había pretendido conseguir.

El motivo se desestima.

## Quinto.

**5.1.** Su sexto motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender infringido el indebidamente aplicado artículo 404 del Código Penal.

El recurrente aduce que la sentencia de instancia no ha determinado el sentido de su voto en cada uno de los Acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Noja por los que ha sido condenado y que se recogen en el relato de hechos probados. Y respecto a los Acuerdos individualmente adoptados por el alcalde, niega que tengan carácter decisorio o afirma que otorgaron la razón a la constructora, por lo que tampoco estas decisiones podrían merecer la consideración de prevaricadoras. Con todo, el recurso sostiene que el acusado únicamente pronunció cuatro resoluciones decisorias que perjudicaron las pretensiones de la entidad Nocanor Promociones SL, concretamente las emitidas el 21 de junio de 2010, el 29 de julio de 2010, el 30 de junio de 2010 y 7 de julio de 2010, si bien entiende que no pueden fundar la condena como autor de un delito continuado de prevaricación por cuanto estuvieron fundadas en los informes de los expertos.

**5.2.** El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal".

Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, u obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba ( art. 849.2 LECRIM) o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia ( art. 852 de la ley procesal), pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

**5.3.** Respecto del delito de prevaricación administrativa, el artículo 404 del Código Penal sanciona "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo".

En interpretación del precepto, esta Sala ha declarado -como recordamos en la STS 841/2013, de 18 de noviembre- que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación administrativa es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, garantizándose en el ámbito de la función pública el debido respeto del principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

Hemos indicado, además, que la acción en este delito consistente en dictar una resolución injusta en un asunto administrativo, lo que implica su contradicción con el derecho, que puede manifestarse bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.

En todo caso, como indicábamos en STS de 11 de marzo de 2015, el delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo injusto por quienes ostentan la calidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia.

Al respecto, como elemento diferenciador entre ilegalidad administrativa y penal (arbitrariedad), se ha estimado en algunas resoluciones que desde el punto de vista objetivo el acento debe establecerse en la "patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho; y en otras resoluciones se ha resaltado como elemento decisivo el ejercicio arbitrario del poder, que tiene lugar cuando la autoridad o funcionario dictan una resolución no fruto del ordenamiento jurídico sino producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad" ( STS. de 16 de octubre de 2009).

Por último, desde la consideración de los elementos subjetivos del tipo, nuestra doctrina destaca que la resolución contradictoria con el derecho debe emitirse a sabiendas de su injusticia o, lo que es lo mismo, que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión ( SSTS 443/2008, de 1 de julio o 1021/2013, de 26 de noviembre, entre muchas otras).

#### **5.4.** La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado determina la necesaria desestimación del motivo.

El contenido global del relato fáctico refleja suficientemente que el acusado impulsó y votó favorablemente todos los Acuerdos por los que la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Noja exigió a la entidad promotora que presentara unos innecesarios proyectos de urbanización y compensación que demoraron o gravaron económicamente el proyecto de construcción, forzando a la entidad administrada a interponer los correspondientes recursos contencioso-administrativos. Y se declara probado también que las decisiones se tomaron conociendo el alcalde que contrariaban el régimen urbanístico por el que se regían las fincas y con la desviada intención de perjudicar interesadamente a la empresa constructora.

No obstante, aun haciendo abstracción de las decisiones adoptadas por el órgano colegiado, el factum de la sentencia detalla una serie de decisiones individuales del alcalde igualmente desacompañadas de las exigencias legales y que conscientemente se adoptaron con la misma intención perturbadora y lesiva. En concreto: a) el 9 de noviembre de 2007, el alcalde dictó una resolución exigiendo indebidamente al constructor la cesión gratuita de un 10% del aprovechamiento medio del sector; b) el 28 de agosto de 2008, dictó un Decreto aprobando inicialmente el innecesario proyecto de compensación exigido, el cual fue ratificado por Decreto del 5 de noviembre de 2008; y c) el 21 de junio de 2010, el alcalde decretó injustificadamente la paralización de las obras, ratificando su decisión el 29 de julio de 2010, con la particularidad de que por la desatención de esta decisión se impuso una multa de 41.410 euros mediante Decreto de la alcaldía de 4 de noviembre de 2010.

El motivo se desestima.

### **Sexto.**

**6.1.** Su séptimo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente aplicado el artículo 74 del Código Penal.

El motivo sostiene la improcedencia de considerar los hechos constitutivos de un delito continuado de prevaricación administrativa, argumentando para ello que nos encontramos ante un supuesto de "unidad natural de acción" o "unidad típica de acción", dado que todas las resoluciones obedecían a un mismo designio y se ejecutaron en un marco espacio-temporal estrecho.

**6.2.** La STS 487/2014, de 9 de junio, deslindaba perfectamente lo que es la unidad de acción en sentido natural, la unidad natural de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado.

Decíamos en aquella resolución que "Se habla de unidad de acción en sentido natural cuando el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o naturalístico (propinar un solo puñetazo). En cambio, se habla de unidad natural de acción cuando, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción (propinar una paliza integrada por varios puñetazos, que integra un solo delito de lesiones).

La jurisprudencia de esta Sala aplica la unidad natural de acción cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal (especialmente en ciertos casos de delitos de falsedad documental y también contra la libertad sexual).

En cambio, concurre una unidad típica de acción cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal (tráfico de drogas, delitos contra el medio ambiente o de intrusismo, entre otros). Pues la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos que contemplados aisladamente colman las exigencias de un tipo de injusto se valoran por el Derecho desde un punto de vista unitario.

Por último, el delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 74 del Código Penal, se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece constituido, por tanto, el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción. Para ello tiene en cuenta el legislador que las acciones obedezcan a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión, así como a la homogeneidad de la infracción de la misma norma penal o a preceptos de igual o semejante naturaleza. De no darse tales condiciones, las acciones habrían de subsumirse en un concurso real de delitos".

**6.3.** En el presente supuesto, el relato de hechos probados proclama que el recurrente, aprovechando su capacidad decisoria como alcalde del municipio de Noja (Cantabria), dictó una serie de resoluciones injustas que pretendieron perjudicar la actividad empresarial de la entidad Nocanor Promociones SL. Las decisiones se sucedieron en el tiempo durante los varios años en los que se dilató el proyecto de construcción, y cada resolución introducía nuevas exigencias que se acumulaban a las trabas administrativas anteriores y retardaban sucesivamente la culminación de las obras. Consecuentemente, cada acción integró por sí misma el tipo penal de aplicación y no se aprecia que entre las decisiones exista la vinculación espacio-temporal que se aprecia en aquellas conductas prevaricadoras que se ejecutan en un único momento o circunstancia, de modo que no puede hablarse de una unidad natural de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado.

El motivo se desestima.

## **Séptimo.**

**7.1.** Su último motivo de impugnación se formaliza por infracción de Ley del artículo 849.1.º de la LECRIM, al entender indebidamente inaplicado el artículo 21.6 del Código Penal, en relación con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

El recurrente denuncia la indebida inaplicación de la jurisprudencia sobre la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, que determinaría la rebaja en un grado de la pena prevista para el delito continuado de prevaricación. Expone que los hechos acaecieron entre los años 2006 y 2011, habiéndose denunciado cuatro años después. Resalta que el procedimiento se incoó el 29 de abril de 2015 y que hasta el 10 de noviembre de 2017 no se dictó el Auto de prosecución por los trámites del procedimiento abreviado, evacuándose los escritos de acusación el 5 de diciembre de 2017 y el 29 de enero de 2018, si bien el Auto de apertura de juicio oral no se emitió hasta el 6 de julio de 2018. Desde esa fecha transcurrieron casi tres años de paralización injustificada hasta el señalamiento de la vista oral el 3 de mayo de 2021. Además, señala que en la causa figuran otras cuatro paralizaciones intraprocesales de más de tres meses. Todo ello le lleva a considerar que nos encontramos ante una anomalía procesal verdaderamente clamorosa y excepcionalmente grave que justifica la apreciación cualificada de la atenuante que reclama y la reducción en un grado de la pena impuesta.

**7.2.** El artículo 21.6 del Código Penal recoge como circunstancia atenuante, "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa".

Conforme con tal literalidad, el legislador exige para su apreciación de la concurrencia de una serie de elementos constitutivos, concretamente: a) que tenga lugar una dilación indebida en el sentido de no justificada; b) que sea extraordinaria, en el sentido de relevante; c) que ocurra durante la tramitación del procedimiento, lo que suscita la duda de la valorabilidad o no de los retrasos en el dictado de la sentencia y, sobre todo, en fase de recurso; d) que esa demora o retraso no sea atribuible al imputado; y e) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio, lo que constituye en último término una especificación concreta de un requisito anterior: que sean indebidas.

A la hora de evaluar lo indebido del tiempo empleado en la tramitación, el Tribunal Supremo ha destacado que son dos los aspectos que han de tenerse en cuenta. De un lado, la existencia de un "plazo razonable", referido en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable" y, por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concreto término que ofrece nuestra Constitución en su artículo 24.2. La jurisprudencia ha destacado que siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda obtener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren, sin embargo, en sus parámetros interpretativos, pues las "dilaciones indebidas" son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales, mientras que el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia ( SSTS 81/2010, de 15 de febrero o 416/2013, de 26 de abril). En todo caso, ambas lesionan el derecho fundamental del acusado - cuando no hayan sido provocadas por él mismo- a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo prudencial ( STS 1589/2005, de 20 de diciembre), tanto considerando que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación como lo harían en el momento en que la acción evidenció la necesidad de resocialización ( STS 1515/2002, de 16 de septiembre), como por infringir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena estatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción impuesta y el mal causado por su acción ( STS 932/2008, de 10 de diciembre).

Complementariamente, nuestra jurisprudencia destaca que la circunstancia atenuante puede y debe estimarse como cualificada cuando los elementos que configuran la razón atenuatoria concurren de manera relevante e intensa en la hipótesis concernida, esto es, superando en mucho lo que sería la normal exigencia para que la atenuación se considere estimable con carácter genérico ( STS 668/2008, de 22 de octubre). Y dado que la atenuación ordinaria precisa que las dilaciones sean extraordinarias o "fuera de toda normalidad", la atenuación cualificada exige una desmesura que se identifique como fuera de lo corriente, bien proyectada en una duración que es radicalmente inasumible por los justiciables en todo caso, bien haciendo referencia a paralizaciones que no se aciertan a entender, resultan excepcionales o -como hemos indicado gráficamente en alguna ocasión- superextraordinarias ( STS 251/2012, de 20 de marzo).

Como recordábamos en nuestra Sentencia 388/2016, de 6 de mayo, nuestra jurisprudencia ha apreciado la atenuante con el carácter de muy cualificada en supuestos en los que se habían producido paralizaciones de notable consideración. Así, en casos de transcurso de nueve años de duración del proceso penal ( SSTS 655/2003, de 8 de mayo y 506/2002, de 21 de marzo); también se ha apreciado como muy cualificada en la STS 291/2003, de 3 de marzo, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001. En STS 896/2008, de 12 de diciembre, por hechos ocurridos 15 años atrás. En STS 551/2008, de 29 de septiembre, ante la tardanza de 5 años y medio en sede de la Audiencia, pendiente de la celebración del juicio oral terminada la instrucción; y en la STS 630/2007, de 6 de julio, por la paralización indebida por tiempo de 4 años, en esas mismas condiciones. Finalmente, la STS 132/2008, de 12 de febrero, estimó la atenuante muy cualificada al tratarse de una causa iniciada en el año 1990.

Y la misma sentencia, con cita de la STS 416/2013, de 26 de abril, compendia: "en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio". Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las SSTS 291/2003, de 3 de marzo (8 años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (10 años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); 37/2013, de 30 de enero (8 años).

**7.3.** Abordando el supuesto que analizamos, debe significarse que aunque las decisiones prevaricadoras que se enjuician fueran adoptadas entre los años 2006 a 2011, la actuación jurisdiccional para su persecución no se inició hasta la denuncia formulada en abril de 2015; siendo el inmediato momento de la imputación del recurrente

el que permite evaluar el perjuicio que puede causarle una demora injustificada del proceso. Decíamos en nuestra sentencia 867/2015, de 10 de diciembre, que " Es la imputación y no el inicio de la causa judicial la que marca el dies a quo para el cómputo de unas dilaciones injustificadas (dado que el fundamento de la atenuante enlaza con la doctrina de la pena natural: compensar por los perjuicios sufridos por verse sometido a un proceso, perjuicios que solo aparecerán con la imputación). Esa idea está presente en el art. 21.6 de manera explícita (al hablarse del tiempo de tramitación de la causa) o implícita (fundamento de la atenuante). El momento de referencia para medir las dilaciones hay que situarlo en el comienzo del proceso ( STEDH de 15 de julio de 1982 (TEDH 1982, 4) o STEDH de 28 de octubre de 2003 (TEDH 2003, 60) caso López Sole y Martín de Vargas c. España). Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. Tampoco desde el inicio de la investigación hasta que el interesado se ve directamente afectado. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un exótico derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud [ STS 1054/2009, de 30 de septiembre (RJ 2009, 7447)]".

Y evaluándose la actuación jurisdiccional desde el momento de la imputación del recurrente, en modo alguno podemos considerar que la respuesta judicial se haya emitido en un plazo incomprensible e inasumible que justificaría la apreciación de la atenuante como muy cualificada. No sólo porque la duración total del proceso no ha alcanzado la extensión temporal contemplada en nuestra jurisprudencia más habitual, a la que hemos hecho referencia anteriormente, sino porque los hechos en los que se basa la condena presentaban una clara complejidad investigativa, tanto por la extensión del expediente administrativo analizado como por la compleja cuantificación de las consecuencias lesivas derivadas del delito, explicando así una duración de la instrucción de dos años y medio. Y aunque se denuncia que medió un dilatado plazo (cerca de los tres años) entre la emisión del auto de apertura del juicio oral el 6 de julio de 2018 y la celebración del juicio oral el 3 de mayo de 2021, se trata de un plazo que no supone la absoluta paralización que se sugiere. El alegato oculta que en ese espacio temporal se desarrollaron actuaciones procesales que corresponden al Juez de Instrucción y a la fase intermedia (se hubieron de presentar los correspondientes escritos provisionales de defensa y hubo de remitirse la causa al órgano competente para su enjuiciamiento); además de abordarse por el órgano de enjuiciamiento las actuaciones precisas para la preparación del juicio oral, como la fijación y el señalamiento de la vista (mediante determinación de unas fechas disponibles para el Tribunal), así como citación de las partes y los testigos para el acto del juicio, además de recabar el resto de pruebas propuestas por las partes; lo que se hizo articulando, además, las dificultades de señalamiento derivadas del confinamiento acordado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como del resto de restricciones que se derivaron de la declaración del Estado de Alarma.

Lo expuesto determina la improcedencia de apreciar la atenuante muy cualificada que se pretende, sin perjuicio de que los tiempos totales de enjuiciamiento justifiquen apreciar la concurrencia de la atenuante simple del artículo 21.6 del Código Penal.

El motivo debe estimarse parcialmente.

*Recurso interpuesto por la representación de Cesareo.*

## **Octavo.**

**8.1.** El recurso presentado por este acusado ofrece un contenido idéntico al anteriormente analizado.

Sin embargo, la específica participación en los hechos que se le atribuye justifica que se realice un análisis individualizado de dos de sus motivos de casación, concretamente del motivo en el que denuncia una infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la presunción de inocencia (motivo quinto); además del motivo en el que, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, denuncia la indebida subsunción de su intervención en la cooperación necesaria al delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal (motivo sexto).

**8.2.** La condena del recurrente como cooperador necesario extraneus en un delito continuado de prevaricación administrativa exige que el recurrente conociera la intención del alcalde de perpetrar un delito de prevaricación y tuviera voluntad de favorecer su consumación (elemento subjetivo), así como que hubiera realizado aportaciones materiales tendentes a posibilitar o facilitar la acción típica del autor directo (exigencia del tipo objetivo).

**8.3.** En el presente supuesto, el Tribunal de instancia declara probado: a) Que el secretario del Ayuntamiento era conocedor de que el constructor -por ser propietario de todas las fincas- no tenía obligación de presentar los proyectos de urbanización y compensación; b) Que supo además que la Junta de Gobierno Local y el alcalde de Noja exigieron estos proyectos a la entidad Nocanor Promociones SL; y c) Que el secretario municipal pretendió dar cobertura a estas resoluciones.

**8.4.** Un análisis de la fundamentación jurídica de la sentencia permite observar los elementos probatorios de los que el Tribunal extrajo estas conclusiones. En concreto se citan los siguientes:

a. Que el 16 de octubre de 2007 el recurrente decidió unir al expediente administrativo de concesión de la licencia de obras (que se había iniciado el 28 de junio de 2006) el informe que, a petición del alcalde, había emitido la entidad Atrius Asociados SA el día 2 de junio de 2006 (f. 30 y 48 de la sentencia, en relación con el folio 45 y ss. del expediente administrativo).

Sobre este aspecto, la sentencia de instancia argumenta la evidencia de que el secretario municipal conocía el informe y participaba en la tramitación de los expedientes; tal y como confirmó Juan Enrique, arquitecto municipal, al testificar que el secretario pidió informes complementarios por la complejidad del tema y era quien dirigía la gestión administrativa.

b. Al folio 53 de la sentencia se valora que el día 9 de octubre de 2007, el recurrente emitió un certificado en el que hizo constar que todas las parcelas de ese expediente pertenecían al mismo propietario, de modo que por aplicación del artículo 45.d de la Normas Subsidiarias de Planeamiento no resultaba aplicable la ordenanza especial n.º 31 (en la que se exigía la presentación de los proyectos de urbanización y compensación).

Al respecto, el Tribunal añade que en este certificado el secretario municipal no hizo constar lo que sí se incluía en otros certificados en aquella fecha, esto es, que al desaparecer por esta razón y por imperativo legal la unidad de actuación, "no se precisaba gestionarla mediante estudio de detalle, proyecto de compensación y proyecto de urbanización".

c. Valora también la sentencia que el recurrente estuvo presente en la Junta de Gobierno en la que el alcalde reconoció que no era exigible el plan de urbanización y de compensación para esta obra (f. 55); estando presente también en la reunión de la Junta de Gobierno celebrada el 25 de marzo de 2008 en la que se aprobó el proyecto de urbanización exigido y, además, se exigió a la constructora que dotara a la unidad de actuación con dos contenedores y presentara un proyecto de compensación que incluyera la cesión del 10% de los aprovechamientos urbanísticos.

Sobre esta decisión se afirma que las decisiones se tomaron con la aquiescencia del secretario municipal y sabiendo éste que las prestaciones no eran exigibles.

d. Al folio 72 de la sentencia, el Tribunal evalúa el desarrollo del recurso interpuesto contra el Decreto dictado por el alcalde de Noja el día 30 de junio de 2011 y la participación que en esa tramitación tuvo el recurrente.

Tras describir que el Decreto de paralización de las obras se adoptó el 21 de junio de 2010 y que fue ratificado el 29 de julio de 2010, narra que la entidad promotora renunció a determinados procedimientos judiciales iniciados contra el Ayuntamiento de Noja y presentó, el día 30 de junio de 2011, determinada documentación técnica.

El mismo día de presentación de estos documentos, el alcalde dictó un Decreto en el que levantó la paralización de la obra respecto del bloque A2, pero mantuvo la prohibición de las obras correspondientes al bloque A1, siendo recurrida la decisión en este último aspecto.

La sentencia contempla que, en la misma fecha del Decreto impugnado, el secretario municipal solicitó un informe jurídico al letrado D. Eduardo Garmendia Avendaño quien, el mismo 30 de junio de 2011, apreció la inexistencia de objeciones para estimar el recurso.

Termina su relato la sentencia evaluando que, sobre este recurso y también el mismo día, la arquitecta municipal presentó un informe en el que sostenía la compatibilidad de las obras ejecutadas con la legalidad urbanística; pero que el Ayuntamiento reclamó otro informe jurídico a la entidad Atrius, que lo emitió el día 6 de julio de 2011 también en sentido favorable. Al día siguiente (fecha en la que la entidad promotora renunció a cualquier exigencia de reparación al Ayuntamiento), el Alcalde dictó un Decreto en el que estimó el recurso y dejó sin efecto la paralización de las obras del bloque A1.

e. Por último, la sentencia de instancia tiene presente (esta vez en el relato de hechos probados de la sentencia), que el 19 de marzo de 2009, el secretario municipal había emitido una certificación en la que se hacía constar que "habiéndose concedido a la mercantil Nocanor, en fecha 5 de noviembre de 2008, licencia municipal de obras para la construcción de 184 viviendas, locales y garajes en la AVENIDA000 de este Ayuntamiento "no existe impedimento legal alguno para que la licencia de primera ocupación del conjunto urbanístico se tramite en diferentes fases y, por lo tanto, la entrega de la promoción se efectúe de igual manera".

Pese a ello, también se añade que el día 1 de agosto de 2012, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Noja concedió la licencia de primera ocupación condicionada a la prestación de fianza de urbanización de toda

la parcela. Decisión que fue recurrida por el constructor y resultó revocada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 19 de diciembre de 2014.

**8.5.** Considerando lo expuesto, debe concluirse que los elementos de inferencia apuntados en la sentencia de instancia no permiten sostener la voluntad de favorecimiento al delito que sostienen los hechos probados.

Es cierto que el secretario municipal sabía que los proyectos de urbanización y de compensación no eran exigibles para esta unidad de actuación. Así se recogía en las Normas Subsidiarias de Planeamiento; así lo proclamó el alcalde en la Junta de Gobierno de 25 de marzo de 2008 en la que el recurrente estuvo presente; y así lo recogió el propio secretario municipal en la certificación que emitió el 9 de octubre de 2007. Y supo también que en las decisiones municipales se exigió a la constructora aquello a lo que no estaba obligada.

Pese a ello, no hay sustento probatorio de que el recurrente se concertara con el alcalde o de que con la actuación descrita en la sentencia de instancia pretendiera favorecer las decisiones ilegales del Ayuntamiento.

8.5.1. De un lado, se ajustó a la realidad el certificado emitido por el recurrente el 9 de octubre de 2007, en el que expresó que todas las parcelas pertenecientes a la unidad de actuación pertenecían a un mismo propietario, de manera que por aplicación del art. 45.d de la Normas Subsidiarias de Planeamiento de Noja no resultaba de aplicación la ordenanza especial n.º 31.

Su actuación consistió en emitir un certificado, no sólo veraz y ajustado a la legalidad imperante, sino cuyo redactado permitía extraer la conclusión de que para promover los terrenos no resultaba exigible la presentación de los proyectos de urbanización y de compensación, más aún cuando la certificación se emitía para su incorporación en un expediente administrativo de carácter técnico.

Aunque se reprocha que el documento no añadiera un inciso indicando que, por las razones expuestas en el certificado, "no se precisaba gestionar la unidad de actuación mediante estudio de detalle, proyecto de compensación y proyecto de urbanización", esta cuestión no resulta relevante. La sentencia no refleja la prueba que sustentaría que los certificados siempre se hayan emitido con el amplio contenido que reclama la acusación pero, aunque así fuera, el certificado que analizamos plasmó claramente los preceptos normativos que eran relevantes y que culminaban el sentido técnico de su contenido, sin que pueda sostenerse que su tenor favoreciera decisiones municipales contrarias al régimen jurídico que el propio certificado proclamaba aplicable.

8.5.2. Tampoco puede extraerse que el secretario actuara con concierto delictivo con el alcalde, del hecho de que el 19 de marzo de 2009 emitió un informe favorable a la concesión parcial de la licencia de primera ocupación; menos aun cuando su parecer es coincidente con las tesis de la constructora y el criterio se desatendió en la decisión que adoptó la Junta de Gobierno el 1 de octubre de 2012.

Como tampoco puede ser indicio inculpatario que el secretario municipal, el 30 de junio de 2011, reclamara un informe jurídico a un abogado que apoyó la pretensión de la constructora recurrente y que, sin duda, el alcalde tendría en cuenta cuando una semana después estimó el recurso interpuesto y levantó la paralización de las obras que afectaba al bloque A1.

8.5.3. Es cierto que el recurrente acordó incorporar al expediente administrativo el informe emitido por Atrius, cuyo contenido resultaba favorable a la imposición de algunas exigencias legalmente inoportunas, pero este elemento aislado no permite extraer el concierto del recurrente con la actuación ilegal del alcalde, pues:

a. El Tribunal ha declarado probado, por razones ya expuestas, que fue el alcalde y no el recurrente, quien encargó la elaboración del informe.

b. Cuando el recurrente acordó la incorporación del informe al expediente administrativo, habían pasado dieciséis meses de su emisión; sin que conste quién lo introdujo en el Ayuntamiento, cuándo se hizo, cómo supieron los distintos funcionarios de la existencia del informe, ni cuál fue la razón por la que el secretario municipal sabía de su emisión y decidió incorporarlo al expediente.

c. Por último, el secretario había emitido e incorporado al expediente el informe de 9 de octubre de 2007, precisamente contrario al informe de Atrius.

Consecuentemente, la medida aislada de incorporar este parecer técnico al expediente analizado, sin otros indicios que contextualicen la decisión del secretario, es un dato que no evidencia el concierto del recurrente con el alcalde o su voluntad de favorecer la comisión del delito.

8.5.4. Es cierto, como indica la sentencia de instancia, que el recurrente estuvo presente cuando la Junta de Gobierno del municipio de Noja exigió los proyectos de urbanización y compensación, pero su mera presencia no permite extraer que las decisiones surgieran con su aquiescencia y mucho menos que las favoreciera.

El artículo 125.4 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, dispone que la Secretaría de la Junta de Gobierno Local corresponderá a uno de sus miembros que reúna la condición de concejal y que será designado por el Alcalde, siendo este Concejal/Secretario quien redactará las actas de las sesiones y certificará los acuerdos de la Junta.

Aunque se recoge que existirá un órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma, estableciendo que el titular será nombrado entre funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional (lo que apunta claramente al recurrente), se determinan para él unas funciones que ninguna vinculación tienen con el proceso decisorio del órgano; en concreto, se detallan las siguientes funciones de apoyo al órgano: a) Asistir al concejal- secretario de la Junta de Gobierno Local; b) Remitir las convocatorias a los miembros de la Junta; c) Archivar y custodiar las convocatorias, órdenes del día y actas de las reuniones y d) Velar por la correcta y fiel comunicación de sus acuerdos.

De otro lado, la obligación de advertencia de ilegalidad que correspondía a los Secretarios de Ayuntamientos fue derogada por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y por el Real Decreto 1174/1987, de Régimen Jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional. Y a pesar de que el artículo 92 bis de la Ley 7/1985 dispone que las funciones de la secretaría de las corporaciones locales comprende "la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo", el RDL 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, limitaba el dictamen del Secretario municipal a los siguientes supuestos: a) Previo a adoptar acuerdos sobre el ejercicio de acciones en defensa de los bienes y derechos de las Entidades locales (art. 54.3); b) También en asuntos sobre materias que exijan una mayoría especial (art. 54.1.b); y c) Siempre que lo ordene el Presidente de la Corporación o lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión (art. 54.1.a).

En el mismo sentido se expresa el artículo 173 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, el cual dispone que será necesario el informe previo del Secretario siempre que se trate de asuntos sobre materias para las que se exija una mayoría especial y en los demás casos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiera de tratarse la cuestión.

En este supuesto no se proclama que se pidiera ningún informe jurídico al recurrente, de tal modo que su mera presencia en las Juntas de Gobierno en las que se adoptaron los acuerdos que aquí se enjuician, sin expresión de su obligación de informar jurídicamente (posición de garante), ni expresión de cuál fue el contenido de su intervención, impide extraer un concierto del recurrente con quienes adoptaron las decisiones ilegales o una participación tendente a facilitarlas.

El motivo debe estimarse, decayendo con ello el sexto de los motivos expresados por el recurrente.

Recurso interpuesto por la acusación particular ejercida por la entidad Nocanor Promociones SL.

## **Noveno.**

**9.1.** La acusación particular formaliza su primer motivo de casación al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender que se ha inaplicado indebidamente el artículo 420 del Código Penal, tanto en sus respectivas redacciones dadas por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, como en las redacciones dadas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

En el desarrollo de su alegato aduce que dos de las actuaciones que los hechos probados atribuyen al acusado Borja son subsumibles en el delito de cohecho por el que formularon acusación. En concreto la acaecida en el año 2006, cuando el acusado se interesó por la venta de las parcelas y advirtió a la representación de los propietarios vendedores, Sr. Gaspar, que para tomar la decisión de venta debía valorar las ofertas sin olvidar que era él mismo quien, en su condición de alcalde de Noja, tenía la competencia para conceder las licencias urbanísticas necesarias; además de por negociar con la entidad Nocanor Promociones SL la obtención de una participación societaria en la promoción urbanística.

Como segunda actuación susceptible de ser subsumida en el tipo penal reclamado, destaca otro comportamiento descrito en el relato de hechos probados. En concreto, que tras haber dictado el alcalde un Decreto de paralización de las obras y de incoación de un expediente sancionador el 21 de junio de 2010, ratificado el 29 de julio, para acordar el levantamiento de la paralización de la obra exigió que la sociedad promotora desistiera de los recursos y de los procedimientos administrativos y penales que Nocanor tenía entonces entablados, debiendo también suscribir un documento fechado el 7 de julio de 2011 en el que la mercantil reconoció que la actuación municipal se había ajustado a derecho y que no tenían nada que reclamar; exigencias que fueron cumplidas y determinaron que el alcalde dejara sin efecto la paralización de las obras de los bloques A2 y A1 por Decretos emitidos los días 30 de junio de 2011 y 7 de julio de 2011 respectivamente.

**9.2.** Ya hemos expresado en esta misma resolución que el cauce procesal que aquí se emplea sólo tiene por objeto analizar el juicio de subsunción de la sentencia a partir de los hechos proclamados por el Tribunal, esto es, que el instrumento casacional presenta como presupuesto la intangibilidad del relato fáctico, una vez superadas

las objeciones o establecidas las correcciones que el recurrente haya defendido por otros cauces de impugnación que resulten adecuados al efecto, incluyendo todos los que conducen a supervisar la corrección de los hechos probados.

El artículo 420 del Código Penal, cuya aplicación reclama el recurrente, sanciona a "La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo".

Como indica el recurrente, nuestra jurisprudencia ha expresado que en el delito de cohecho el bien jurídico protegido se concreta en el prestigio y eficacia de la Administración pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos. Se trata, pues, de un delito con el que se pretende asegurar no solo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal ( SSTS 1618/2005, de 22 de diciembre; 1076/2006, de 27 de octubre; y 507/2020, de 14 de octubre).

No obstante, como reflejo esencial y notorio de ese principio de probidad hemos subrayado que el delito de cohecho parte del principio administrativo de que ningún funcionario puede recibir emolumentos por el cumplimiento de su función pública distintos de sus retribuciones legales ( STS 102/09, de 3 de febrero), lo que determina que los tipos penales de cohecho exijan que al funcionario se le ofrezca, o éste exija, una contraprestación a cambio de una actuación relativa al ejercicio del cargo funcional.

Y debemos subrayar (como también hacíamos en nuestra reciente STS 887/2021, de 17 de noviembre), que en la fecha en que se perpetraron los hechos que el recurrente considera primeramente subsumibles en el delito de cohecho, el tipo penal tenía un contenido económico, exigiendo la redacción original del Código Penal de 1995 que la contraprestación ofrecida al funcionario público, o reclamada por él, fuera una dádiva o presente.

Fue con ocasión de la reforma de la figura delictiva operada por LO 5/2010 cuando se integró en el ilícito penal los supuestos de obtención de todo tipo de favores, haciendo el legislador referencia expresa a la obtención paralela por el funcionario de beneficios y ventajas de carácter o naturaleza no material bajo la expresión típica de "dádiva, favor o retribución de cualquier clase". Una reforma que resultó del artículo 3 del Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa (Estrasburgo, 27 de enero de 1999), aludido expresamente en el Preámbulo de la LO 5/2010, que señala que "Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente, el hecho de que uno de sus agentes públicos solicite o reciba, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para sí mismo o para algún otro, o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, con el fin de realizar o de abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones"; además de haberse contemplado también en el artículo 15 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, que se refiere al "beneficio indebido" que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad.

Consecuentemente, a la fecha en que tuvieron lugar los hechos primeramente objetados (las negociaciones de compra de los terrenos llevadas por el alcalde durante el año 2006), el delito de cohecho exigía que el funcionario obtuviera o reclamara una ventaja económica a cambio de su hacer o no hacer como funcionario.

Sin embargo, en el relato de hechos probados no se refleja que los entonces propietarios de los terrenos guiaran su venta, exclusivamente, en favor de la mejor postura. Ni siquiera recogen que la oferta del acusado no fuera la más cuantiosa. Nada refleja el Tribunal sobre las condiciones de pago en metálico o por permuta que ofrecieron quienes resultaron adjudicatarios, ni de los plazos que se discutían para los sucesivos pagos o de las garantías que se ofrecieron. El relato de hechos probados es completamente oscuro sobre las razones que propiciaron la venta de los terrenos a Nocanor Promociones SL, sin que se excluya que además del precio se contemplaran otras condiciones convergentes, pues el propio alegato de los recurrentes refleja que ofrecieron determinados pagos en metálico, además de la dación en pago de algunos inmuebles y de fijar unos plazos de cumplimiento con determinados avales y garantías bancarias también relevantes. Una realidad frente a la que el factum de la sentencia únicamente proclama que: "El acusado D. Borja, conecedor de que D. Gaspar y sus familiares eran propietarios de varias fincas situadas en el casco urbano de Noja sobre las que se podían edificar numerosas viviendas, mantuvo con el Sr. Gaspar, aproximadamente en el año 2006, negociaciones tendentes a adquirir dichas fincas. D. Borja en una de esas conversaciones le dijo al Sr. Gaspar que a la hora de tener en cuenta las diferentes ofertas, tuviera en consideración que "él era quien concedía en las licencias urbanísticas". No obstante lo cual, dichas negociaciones con el Sr. Borja no fructificaron y el Sr. Gaspar y sus familiares se decantaron por la oferta que consideraron más ventajosa, que fue la efectuada por la mercantil Promociones Nocanor, SL, a la que finalmente vendieron dichas fincas, sociedad de la que era administrador D. Jon que en ese momento era concejal de la oposición en dicho Ayuntamiento, y de la que era apoderado, su hermano D. Julián, siendo este último el actual alcalde de la localidad de Noja".

De ese modo, la amenaza velada que el acusado dirigió a los vendedores de los solares, haciéndoles ver que con cualquier otro comprador podía dificultarse el objetivo urbanístico de los adquirentes, no puede anudarse a

obtener los terrenos por un importe inferior al ofrecido por otros compradores interesados o a que el alcalde alcanzara con la compra un beneficio material a costa de los propietarios.

Lo único que reflejan los hechos probados es que la verbalización de la amenaza se orientó a una restricción del espacio de libre decisión de los vendedores y, con ello, únicamente operó como el mecanismo coactivo que proclama la sentencia de instancia. Dicho de otro modo, el contenido material del delito de cohecho al momento de los hechos exigía que el acusado hubiera condicionado el ejercicio de la función pública a lograr de los vendedores la entrega de los terrenos a un precio inferior del resto del mercado o por un precio de ventaja, quedando fuera del tipo penal entonces vigente aquellos supuestos en los que el condicionamiento de la función pública buscaba una ventaja sin contenido patrimonial, esto es, la prerrogativa de lograr definitivamente la propiedad de los solares por igual o mayor precio que otros competidores, pero despejando las reticencias que pudieran condicionar la decisión de los vendedores y fueran ajenas al enriquecimiento del acusado, como ocurriría si las dificultades que trató de superar el alcalde surgían de las garantías buscadas por el vendedor o de su libre albedrío.

**9.3.** Respecto del comportamiento en el que el acusado condicionó su actuación como alcalde (la estimación o desestimación del recurso interpuesto contra la paralización de las obras), a que Nocanor SL desistiera de todos los procedimientos entablados contra el ayuntamiento o sus integrantes y a que renunciaran de cualquier reclamación económica contra el Consistorio, la respuesta debe ser igualmente desestimatoria, si bien por razones bien diferentes.

En este supuesto la actuación del alcalde se centra en la primera mitad del año 2011, esto es, tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, el 23 de diciembre de 2010 y siendo ya delictiva la obtención funcional de cualquier tipo de favor o ventaja por realizar un acto propio del cargo.

Pero el delito de cohecho establece que la ventaja o mejoría comporte una actuación captatoria que el legislador describe con la exigencia de que se pretenda o persiga una finalidad provechosa para el propio sujeto activo o para un tercero. De ese modo, quedan fuera del comportamiento típico aquellos supuestos en los que el funcionario público, con mejor o peor acierto, busque satisfacer los intereses que tiene encomendados.

En nuestra sentencia antes citada STS 887/2021, de 17 de noviembre, en la que apreciamos el delito de cohecho respecto de un magistrado instructor que reclamó a un encausado la aportación de documentos que nada tenían que ver con los hechos investigados, todo con la finalidad de desmerecer y perjudicar a otra persona ajena a la investigación, ofreciendo a cambio el archivo de las actuaciones seguidas contra el investigado cuya colaboración se reclamaba, evaluamos como determinante del delito que el funcionario obtenía el concreto provecho que perseguía y que consistía en la satisfacción de sus ilícitas intenciones. Unos hechos en los que la ventaja o el interés recibido (pretendido recibir, en aquel caso), mostraban su naturaleza delictiva para el delito de cohecho porque la aspiración que se pretendía obtener estaba radicalmente desconectada de la gestión encomendada al funcionario instructor.

Sin embargo, en el presente supuesto, lo que el relato de hechos probados proclama es que el recurrente, alcalde de la localidad de Noja, manifestó condicionar la decisión administrativa, entre otros aspectos, a que los compradores renunciaran a reclamaciones presentes y futuras contra el Ayuntamiento y sus funcionarios, lo que confluye con la aspiración lógica de defensa de la Corporación que está asignada a su actuación funcional; sin recogerse en la descripción fáctica el elemento subjetivo de buscar un favor personal añadido a su función. Un aspecto que el Tribunal de instancia refuerza en la fundamentación jurídica de su sentencia al subrayar, no sólo que el Ministerio Público no reclamó la condena por un delito de cohecho, sino que la exigencia de la acusación particular, en su caso, sería constitutiva de un delito de coacción (restricción de la libertad de decidir) por el que no se había formulado acusación.

El motivo se desestima.

## Décimo.

**10.1.** Su segundo motivo se formaliza por existir, conforme al artículo 849.2.º de la LECRIM, un error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios y que vienen referidos al importe de los perjuicios económicos causados al querellante como consecuencia de los actos delictivos cometidos por los acusados.

En su alegato el recurrente indica una serie de documentos que, a su juicio, evidencian la existencia de importantes perjuicios económicos derivados de que el Ayuntamiento le obligara a cumplir con unos requisitos y obligaciones que no resultaban exigibles.

Aduce que la licencia de obra se pidió en septiembre de 2006, por lo que los trabajos debieron iniciarse en julio de 2007 (fecha en la que se aprobó el estudio de detalle que presentó la constructora) y debieron terminarse

30 meses después, pero subraya que por la demora generada ilegalmente no recibieron la licencia de ocupación hasta el año 2014 y argumenta que el retraso le generó múltiples perjuicios:

En primer lugar, la demora comportó que a los vendedores del terreno no les pudieran entregar en el plazo pactado los pisos que habían convenido poner a su disposición como permuta de los solares, lo que supuso para la constructora los siguientes desembolsos: 1) Pagar, sin que estuviera previsto, los préstamos hipotecarios de los bienes objeto de permuta a partir del 1 de abril de 2011; 2) Pagar a los hermanos Gaspar que terminaron aceptando la permuta fuera de plazo, las penalizaciones que acordaron por el retraso en la entrega de los inmuebles; 3) Devolver el dinero avalado y finalmente pagado por el banco al vendedor Gaspar; y 4) Pagar los intereses de los préstamos hipotecarios concedidos para la compra de las parcelas que iban a promoverse en una segunda fase, que finalmente no fue ejecutada.

Argumenta también que los inmuebles que deberían haber sido entregados a Gaspar y que quedaron en poder de la constructora en virtud del pago de los avales bancarios constituidos a favor de aquel, se han depreciado en 479.654 euros, aunque, en realidad, consideran que se ha perdido la totalidad de los inmuebles porque las dificultades generadas han llevado a un procedimiento de ejecución hipotecaria. Y añade que se ha perdido el lucro que se iba a obtener con la ejecución de la fase 2.<sup>a</sup> del proyecto, que cifra en 269.289 euros.

Frente a estas reclamaciones, el alegato reprocha que no hay ninguna valoración en la sentencia de los documentos aportados, como tampoco se valora la tasación que realizó la entidad TINSA (f. 674 a 677) o el informe emitido por D. Teodoro, que tasó el beneficio que hubiera obtenido la constructora de haberse terminado la obra en plazo.

El recurrente reprocha que aunque la prueba es difícil de tasar, eso no justifica que la sentencia de instancia únicamente condene a pagar el gasto generado con la confección de los proyectos de urbanización y de compensación indebidamente exigidos por el Ayuntamiento de Noja. Y aunque admite que la crisis inmobiliaria iniciada en el año 2008 influyó en el precio final de las ventas y en el margen de los beneficios esperados, considera inaceptable que la resolución recurrida proclame que todos los perjuicios sufridos en este caso (fuera del gasto de presentación de los proyectos de urbanización y compensación) derivan de esta crisis económica; menos aun cuando D. Jose Ángel valoró detalladamente el efecto que tuvo la crisis en la caída de los precios de las obras construidas en los años sucesivos. Entiende el recurrente que la crisis económica supuso una caída de los precios de productos inmobiliarios y que el beneficio obtenido con esta obra habría sido menor al esperado inicialmente; pero lo que considera indudable es que los delitos de prevaricación cometidos incrementaron exponencialmente el perjuicio causado. De hecho, apunta que la sociedad tasadora TINSA estimó que el valor de venta de toda la promoción a fecha de 2006 era de 61.000.000 de euros, con un beneficio estimado de casi 21 millones de euros; a mayo de 2009, fecha en la que debió terminarse la obra, estima que el efecto de la crisis económica hubiera reducido el beneficio a 13.500.000 euros; pero a fecha de 2011 el beneficio previsible de la obra ejecutada sería de 3.000.000 de euros, por lo que el lucro cesante sufrido como consecuencia de los impedimentos llevados a cabo para impedir la construcción de todo lo proyectado ascendió a 10.500.000 euros.

Con estas circunstancias, denuncia que la falta de racionalidad de la resolución recurrida estriba en atribuir todos los perjuicios causados a la crisis económica del sector de la construcción, sin valorar que el retraso dolosamente causado durante años provocó necesariamente un incremento de los gastos estructurales del empresario e hizo coincidir la finalización con el periodo más marcado de la crisis.

**10.2.** A la vista de las exigencias del cauce procesal empleado, en los términos que ya hemos expresado en el fundamento segundo de esta resolución, debe subrayarse que los documentos presentados por el recurrente no ofrecen con literosuficiencia y de manera incuestionable cuál es el importe de los perjuicios que sufrió la mercantil en su actividad comercial con ocasión de la actuación del acusado, confluyendo además sobre el mismo objeto con una importante prueba personal y contradictoria que el propio motivo resalta cuando invoca a la prueba pericial practicada.

En todo caso, pese a la injustificada formulación del motivo por cauces del artículo 849.2 de la LECRIM y como indica el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, lo que en realidad se denuncia es un quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva por no analizarse en la sentencia de instancia los elementos probatorios y los argumentos ofrecidos por la acusación para fundamentar la reclamación indemnizatoria que postula. Y esta denuncia no está carente de fundamento.

**10.3.** El inciso primero del artículo 116.1 del Código Penal dispone que "1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios".

En interpretación del mentado precepto, nuestra jurisprudencia ha señalado que la responsabilidad civil se extiende a toda persona criminalmente responsable de un delito, si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Es decir, se parte de la potencialidad perjudicial de cualquier hecho que tenga la naturaleza de delictivo, pero se

condiciona la obligación de reparación a que, por la forma de producirse o manifestarse los hechos, realmente produzcan un daño que sea consecuencia directa y necesaria de ellos, pues el delito es fuente de obligaciones civiles como acto ilícito, siempre que exista un nexo causal entre los hechos y el resultado dañoso ( SSTS 1094/2005, de 26 de septiembre y 765/2012, de 27 de septiembre). Y considera la jurisprudencia de esta Sala que para la indemnización la relación que debe mediar entre acción y el resultado no es meramente natural, sino que debe guiarse por la teoría de la relevancia, esto es, que además de verificarse una causalidad natural es necesario que la acción del autor haya creado un peligro jurídicamente desaprobado por la norma y que el resultado producido por la acción sea precisamente el mismo peligro jurídicamente desaprobado ( STS 1094/2005, de 26 de septiembre, entre muchas otras).

**10.4.** En el presente supuesto, el Tribunal de instancia proclama en su relato de hechos probados que "El Sr. Borja pese a conocer que al tratarse de una finca de propietario único ubicada en el entramado o malla urbana dotada de los servicios esenciales la misma no precisaba de obras de urbanización, y siendo asimismo conocedor de que para llevar a cabo la edificación proyectada por la mercantil Nocanor SL no era necesario tramitar ni proyecto de urbanización, ni tampoco proyecto de compensación; ...//... exigió a dicha promotora la tramitación de sendos proyectos de urbanización y compensación con carácter previo a la concesión de la licencia de obras. De igual modo, D. Borja, a sabiendas de la ilegalidad de su proceder y actuando con la finalidad de dificultar la construcción proyectada por la mercantil Nocanor, acordó la paralización de las obras".

Y en el primer fundamento jurídico de la sentencia expresa que "Valorando en su conjunto y del modo ordenado por el artículo 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal, las pruebas practicadas en el juicio, la Sala obtiene la razonable convicción de que ...//... la conducta descrita en los hechos probados de la presente resolución, que fue llevada a cabo por quien era Alcalde ...//... y por la Junta de Gobierno Local, a juicio de la sala, supone una flagrante vulneración de los principios constitucionales que conforman la actuación de la Administración en un Estado democrático, ello por cuanto dichos responsables municipales, de forma reiterada y sistemática, con la finalidad de perjudicar a la mercantil Nocanor, dictaron y ampararon respectivamente, numerosas resoluciones municipales a sabiendas de su injusticia y de su carácter arbitrario, apartándose de lo acordado en otros casos similares". Junto a ello, en su fundamento tercero, la sentencia proclama que "... la mercantil Nocanor presentó su solicitud de licencia de obras el 28 de septiembre de 2006, no aprobándose el estudio de detalle -que por lo demás la misma presentó de forma voluntaria-, hasta el 26 de febrero de 2007; estudio de detalle que la propia mercantil, tal y como se hace constar en el mismo, consideró preceptivo o cuanto menos conveniente al estar proyectada la construcción de varios bloques de viviendas sobre el terreno. Es por tanto a partir de este momento, ya muy cercano al inicio de la crisis económica, cuando comenzaron a dictarse las diversas resoluciones cuya injusticia y arbitrariedad ha sido analizada en esta causa".

Con ello se establece un nexo de causalidad natural y jurídico entre las decisiones ilegales del condenado y una parte esencial de los detrimentos surgidos con ocasión del retraso en la ejecución final de las obras. Dado que el bien jurídico protegido por el delito de prevaricación es la rectitud, legalidad e imparcialidad en la toma de decisiones administrativas y puesto que en el presente supuesto la transgresión del orden legal se orientó precisamente a perjudicar indebidamente el normal desarrollo del negocio inmobiliario de la entidad recurrente, deberán indemnizarse los quebrantos claramente derivados del comportamiento desaprobado por la norma penal, esto es, del injustificado retraso en la ejecución del proyecto de construcción; sin que el nexo de causalidad se desvanezca por una crisis inmobiliaria que hubiera resultado incipiente de haberse culminado el proyecto en los términos inicialmente previstos.

En consecuencia, sin perjuicio de su cuantitativa determinación en fase de ejecución de sentencia, la responsabilidad civil derivada del delito deberá incluir y se ajustará a las siguientes bases indemnizatorias:

a. El incremento de los costes que tuvo que soportar la entidad Nocanor Promociones SL como consecuencia de la presentación de los innecesarios proyectos de urbanización y compensación contemplados en esta causa.

b. El sobrecoste pagado por Nocanor Promociones SL como consecuencia de haber incumplido el plazo contractual inicialmente pactado con los vendedores de los terrenos, del que deberá deducirse el valor que tuvieron los pisos que deberían haberse adjudicado en permuta a los vendedores del terreno y que se mantuvieron bajo propiedad del promotor, tasados estos por el valor que tuvieron en el mercado al momento de su definitiva venta o adjudicación a terceros.

c. La diferencia entre el valor que tenían los demás inmuebles del proyecto el día 26 de agosto de 2009 (fecha de previsible finalización de las obras a partir de un estudio de detalle aprobado el 26 de febrero de 2007) y el valor que ofrecían los mismos inmuebles al momento de su definitiva venta o adjudicación a terceros.

No procede ninguna reparación por la adquisición financiada de los solares no construidos, dado que su compra, términos de financiación y destino mercantil, responden a la libre decisión empresarial de la parte recurrente.

El motivo se estima parcialmente, en los términos ya expuestos.

### **Undécimo.**

**11.1.** Su tercer y último motivo se formaliza por infracción de ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 849.1.º de la LECRIM, al entender el recurrente que ha existido una infracción de precepto penal sustantivo, por inaplicarse indebidamente el artículo 121 del Código Penal en relación con el artículo 100 y ss. de la LECRIM, debiéndose declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Noja por los perjuicios causados por los penados.

Considera la entidad recurrente que el Ayuntamiento de Noja debe ser condenado como responsable civil subsidiario por los perjuicios derivados con ocasión de los actos delictivos perpetrados por el alcalde en el ejercicio de sus funciones, sin que el hecho de que la constructora reclamara previamente la responsabilidad patrimonial del Consistorio ante la jurisdicción contencioso-administrativa y que se desestimara su pretensión por haber transcurrido el plazo de prescripción, suponga el agotamiento de la acción que ahora se ejercita. La pretensión es apoyada por el Ministerio Fiscal.

**11.2.** Dice la sentencia que "En fecha 28 de febrero de 2013 por la mercantil Nocanor promociones SL, se presentó ante el Ayuntamiento de Noja escrito formulando reclamación por responsabilidad patrimonial contra dicho Ayuntamiento a consecuencia de los retrasos indebidos en la obtención de la licencia urbanística, así como dada la injusta paralización de las obras durante su ejecución, reclamando por el dato emergente y el lucro cesante sufridos por la promotora Nocanor Promociones SL, la suma de 12.941.159,30 euros. Dicha responsabilidad patrimonial fue desestimada por acuerdo del Pleno del ayuntamiento de fecha 17 de octubre de 2013, resolución que fue recurrida en reposición y desestimada por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de fecha 13 de febrero de 2014, recurriéndose por dicha mercantil ante el Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Santander, el cual en fecha 5 de abril de 2016 dictó sentencia desestimatoria de dicho recurso al entender que la reclamación se había interpuesto transcurrido el plazo de prescripción".

Y añade también en su fundamentación, en relación con la responsabilidad patrimonial regulada en el artículo 121 del Código Penal, que "la doctrina mayoritaria entiende que en el caso que previamente haya resolución administrativa o sentencia dictada por los tribunales de lo contencioso-administrativo estimatoria o desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, tal resolución, si bien no impediría el posterior ejercicio de la acción penal sobre los mismos hechos, lo que sí que impediría, es la posibilidad de ejercer la acción civil derivada del delito en el proceso penal, por cuanto la misma debe de entenderse agotada con la resolución de la reclamación de responsabilidad patrimonial por la administración, revisable en vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Únicamente, en el eventual caso de que aparecieran nuevos daños o perjuicios derivados de los mismos hechos que no pudieron ser valorados en el procedimiento administrativo o contencioso-administrativo inicial, sería posible el pronunciamiento en vía penal. Por lo anterior, y dado que en el presente caso está acreditado documentalmente que la mercantil Nocanor, como por lo demás así lo ha reconocido su representante legal en el acto del plenario, efectuó idéntica reclamación de responsabilidad patrimonial, y por los mismos conceptos frente al Ayuntamiento, la cual fue desestimada al encontrarse prescrita, la sala entiende que no cabe reiterar en esta vía penal su ejercicio conforme a lo dispuesto en artículo 121 del Código Penal, debiendo por ello desestimarse la pretensión resarcitoria deducida por la mercantil Nocanor frente al Excmo. Ayuntamiento de Noja".

El posicionamiento no puede ser compartido. El artículo 121 del Código Penal dispone que "El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario".

En su literalidad, el propio precepto penal plasma la dualidad entre la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de la Administración pública y la responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos por los delitos cometidos por la Autoridad o los funcionarios públicos que estén adscritos a aquellos, siempre que hayan sido perpetrados en el ejercicio de sus cargos o funciones; por más que lo que sí se limita es una

aplicación acumulada de los dos títulos de responsabilidad que favorezca el enriquecimiento injusto del administrado perjudicado.

En el mismo sentido, la STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 5 de noviembre de 1997, dictada en el recurso 2807/1993 establecía, en su Fundamento Séptimo, que existen diferencias conceptuales y de regulación legal entre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (u otras administraciones públicas) y la responsabilidad patrimonial de la Administración. La primera se fundamenta en el principio de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, siéndolo subsidiariamente el Estado de acuerdo con la jurisprudencia existente; lo que significa que, dictada sentencia declarando culpable a cualquier funcionario del Departamento en razón de las actividades públicas que tenga encomendadas por su cargo, puede decretarse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado ante la posible insolvencia del condenado. A diferencia de la anterior, la responsabilidad patrimonial de la Administración es esencialmente de carácter objetivo, lo que presupone que se genera sin necesidad de culpa o negligencia del obligado a reparar el daño (en el supuesto entonces enjuiciado el Estado). En este supuesto, la declaración de responsabilidad patrimonial se obtiene en la vía administrativa mediante la tramitación del oportuno expediente, sin precisar intervención judicial alguna, fundamentándose en la existencia de una lesión en bienes o derechos para el particular perjudicado, que éste no deba soportar legítimamente, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ( art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico, art. 106 de la Constitución Española y hoy art. 139 y ss. de la Ley 30/1992).

Y aun cuando nuestra jurisprudencia ha venido objetivando el fundamento de la responsabilidad civil derivada del delito a partir del principio de la creación del riesgo o peligro, sobre la base de que quien se aprovecha de las ventajas de una actividad o servicio debe soportar las cargas que de él se derivan ( SSTS 1271/1997, de 21 de octubre o 294/2003, de 16 de abril), hemos expresado, como requisitos para la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, los siguientes: "a) Requisitos relativos al sujeto responsable criminal: debe preceder la declaración de responsabilidad penal de quien sea Autoridad, agente o contratado o funcionario público. Es esa condición, en cuanto determinante del vínculo con la Administración, la que se erige en presupuesto de la responsabilidad de esta última. b) Requisitos de la acción delictiva: la ejecución de ésta, por el sujeto en el que concurren las citadas condiciones, ha de caracterizarse por su realización en el ejercicio de sus cargos o funciones. Tal preposición "en" no implica solamente que el tiempo y el lugar han de coincidir con el que corresponde a esas funciones. La preposición evoca también una exigencia en cuanto al modo y éste, a su vez, conforme al Diccionario de la RAE, hace referencia al procedimiento o conjunto de procedimientos de dicha realización. Lo que significa vinculación con el contenido propio de la función desempeñada por el sujeto de la acción. La relación entre la acción origen de la responsabilidad criminal, y derivada civil, ha de ser tal que no implique justificación de aquélla. c) Requisitos del resultado: la lesión cuya reparación se exige como responsabilidad civil ha de encontrarse respecto de la acción penal reprochada, en relación de causa a efecto, pues sin ella no cabe imponer al criminalmente responsable la derivada responsabilidad civil y sin ésta no cabe hablar de la subsidiaria de la Administración a la que corresponden las funciones del agente" ( STS 15/2013, de 16 de enero).

El motivo debe ser estimado.

#### **Duodécimo.**

Conforme al artículo 901 de la LECRIM, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

### **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 motivo que por indebida inaplicación del artículo 21.6 del Código Penal interpuso la representación de Borja, declarándose la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas respecto del delito continuado por el que fue condenado.

Estimar el motivo que por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia interpuso la representación de Cesareo. En su consecuencia, casamos la sentencia en el sentido de anular su condena como cooperador necesario extraneus de un delito continuado de prevaricación administrativa.

Estimar los motivos segundo (parcialmente) y tercero formalizados por la representación de la entidad Nocanor Promociones SL. En su consecuencia, casamos la sentencia en lo relativo al contenido de la responsabilidad indemnizatoria impuesta en la instancia al condenado y declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Noja.

Todo ello, desestimando el resto de pretensiones sostenidas por los recurrentes y manteniendo en lo demás el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia, además de declararse de oficio las costas derivadas de la tramitación del recurso.

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

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde  
Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

**RECURSO CASACION NÚM.: 5541/2021**

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

**SEGUNDA SENTENCIA**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta  
D. Andrés Palomo Del Arco  
D. Pablo Llarena Conde  
D. Vicente Magro Servet  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de septiembre de 2023.

Esta sala ha visto la causa Procedimiento Abreviado 5/2019, seguida por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, dimanante del Procedimiento Abreviado 463/2015, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Santoña, por delitos de prevaricación administrativa, negociaciones prohibidas a funcionarios, tráfico de influencias y cohecho contra Borja y Cesareo, y como responsable civil subsidiario el Excmo. Ayuntamiento de Noja.

En la referida causa se dictó sentencia n-º 161/2021 por la mencionada Audiencia el 11 de junio de 2021, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Único.**

Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

El fundamento séptimo de la sentencia rescindente, estimó el motivo de casación que por indebida inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas formuló la representación de Borja. En su consecuencia, debe imponerse al acusado la pena de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, afectando al cargo de alcalde, concejal o miembro electo de cualquier ente local o de cualquier otro cargo que dependa de elección democrática conforme a la legislación, por su responsabilidad como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa de los artículos 404 y 74 del Código Penal; considerando para ello la marcada significación antijurídica de unos hechos perpetrados a lo largo de varios años y ejecutados con la intención deliberada de causar un perjuicio.

#### **Segundo.**

El fundamento octavo estimó el motivo de casación que por infracción de su derecho a la presunción de inocencia interpuso el acusado Cesareo; procediendo, en su consecuencia, absolverle de la cooperación necesaria al delito de prevaricación administrativa por el que venía condenado en la instancia.

#### **Tercero.**

Los fundamentos décimo y undécimo de la sentencia rescindente estimaron los motivos segundo (parcialmente) y tercero formalizados por la representación de la entidad Nocanor Promociones SL. En su consecuencia, se establece que el condenado deberá indemnizar a la entidad Nocanor Promociones SL en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, que deberá incluir y se ajustará a las siguientes bases indemnizatorias:

a. El incremento de los costes que tuvo que soportar la entidad Nocanor Promociones SL como consecuencia de la presentación de los innecesarios proyectos de urbanización y compensación contemplados en esta causa.

b. El sobrecoste pagado por Nocanor Promociones SL como consecuencia de haber incumplido el plazo contractual inicialmente pactado con los vendedores de los terrenos, del que deberá deducirse el valor que tuvieron los pisos que deberían haberse adjudicado en permuta a los vendedores del terreno y que se mantuvieron bajo propiedad del promotor, tasados estos por el valor que tuvieron en el mercado al momento de su definitiva venta o adjudicación a terceros y

c. La diferencia entre el valor que tenían los demás inmuebles del proyecto el día 26 de agosto de 2009 (fecha de previsible finalización de las obras a partir de un estudio de detalle aprobado el 26 de febrero de 2007) y el valor que ofrecían los mismos inmuebles al momento de su definitiva venta o adjudicación a terceros.

Se establece asimismo la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Noja (Cantabria).

## FALLO

Por todo lo expuesto,

### EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos condenar y condenamos a Borja como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa de los artículos 404 y 74 del Código Penal, a la pena de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, afectando al cargo de alcalde, concejal o miembro electo de cualquier ente local o de cualquier otro cargo que dependa de elección democrática conforme a la legislación.

Respecto a la responsabilidad indemnizatoria, el condenado deberá indemnizar a la entidad Nocanor Promociones SL en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, que deberá incluir:

a. El incremento de los costes que tuvo que soportar la entidad Nocanor Promociones SL como consecuencia de la presentación de los innecesarios proyectos de urbanización y compensación contemplados en esta causa.

b. El sobrecoste pagado por Nocanor Promociones SL como consecuencia de haber incumplido el plazo contractual inicialmente pactado con los vendedores de los terrenos, del que deberá deducirse el valor que tuvieron los pisos que deberían haberse adjudicado en permuta a los vendedores del terreno y que se mantuvieron bajo propiedad del promotor, tasados estos por el valor que tuvieron en el mercado al momento de su definitiva venta o adjudicación a terceros y

c. La diferencia entre el valor que tenían los demás inmuebles del proyecto el día 26 de agosto de 2009 (fecha de previsible finalización de las obras a partir de un estudio de detalle aprobado el 26 de febrero de 2007) y el valor que ofrecían los mismos inmuebles al momento de su definitiva venta o adjudicación a terceros.

Se establece asimismo la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Noja (Cantabria).

Que debemos absolver y absolvemos a Cesareo de su responsabilidad como cooperador necesario al delito de prevaricación administrativa por la que fue condenado en la instancia.

Se declara la nulidad parcial del pronunciamiento contenido en sentencia dictada el 11 de junio de 2021, por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, en su Procedimiento Abreviado 5/2019.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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.