

## SENTENCIA

SALA Presidente

D./D<sup>a</sup>. JOAQUÍN LUIS ASTOR LANDETE

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. JAIME REQUENA JULIANI

D./D<sup>a</sup>. FERNANDO PAREDES SÁNCHEZ (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 18 de noviembre de 2014.

Esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, ha visto en juicio oral y público la presente causa del Apelación sentencia delito número 0000510/2014 procedente del Juzgado de lo Penal N° 5 de Santa Cruz de Tenerife, que ha dado lugar al por el presunto delito de contra la ordenación del territorio y prevaricación administrativa, contra D./Dña. MANUEL PAREJO ALFONSO, NORBERTO PLASENCIA PLASENCIA VIZCAINO, JOSE DOMINGUEZ PASTOR, EPIFANIO GOMEZ SANCHEZ, MARIA LORETO ARIZ ALONSO y CANDELARIA BENITEZ PEREZ, en la que son parte el Ministerio Fiscal, en ejercicio de la acción pública, y los acusados de anterior mención, representados respectivamente por el/la Procurador/a de los Tribunales D./Dña. BEATRIZ SOLEDAD RIPOLLES MOLOWNY, CARMEN GUADALUPE GARCIA, JOAQUIN CAÑIBANO MARTIN, ALEJANDRO FRUTOS OBON RODRIGUEZ, ROCIO GARCIA ROMERO y MARIA MONTSERRAT ESPINILLA YAGÜE y defendidos respectivamente por los letrados D./Dña. EDUARDO EZEQUIEL GARCIA PEÑA, ELIGIO HERNANDEZ GUTIERREZ, ENRIQUE ROBAYNA RAMIREZ, MANUEL GONZALEZ GIL, ELIGIO HERNANDEZ GUTIERREZ y ELIGIO HERNANDEZ GUTIERREZ, siendo ponente D./Dña. FERNANDO PAREDES SÁNCHEZ quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Por la Ilmo Sra. Magistrado, Juez del indicado Juzgado de lo Penal , se dictó sentencia en fecha 19 de febrero de 2014 con los siguientes hechos probados:" QUEDA PROBADO Y ASÍ SE DECLARA QUE: Con fecha de 28 de diciembre de 2001 la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife aprobó la redacción del Proyecto Básico de Urbanización denominado "Ordenación del Frente Marítimo de la Playa de las Teresitas" Zona de San Andrés, que se encomendó al arquitecto superior Dominique Perrault quien más tarde, redactó los proyectos ejecutivos denominados "Ordenación del Frente Marítimo de la Playa de las Teresitas "Zona de la Playa" y Proyecto de Ordenación del Frente Marítimo de la Playa de las Teresitas "Acceso a Playa y Complementos". Esta última actuación se encontraba, por tanto, integrada en un proyecto global que se dividió en dos fases diferenciadas, a cada una de las cuales le correspondían un proyecto y fases administrativas de actuación territorial independientes, asumiendo el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, a través de La Gerencia de Urbanismo, la fase denominada " Acceso a la Playa y Complementos " (FASE II), y a la Dirección General de Costas dependiente del

Ministerio de Medio Ambiente, el desarrollo de La fase denominada “ Zona de La Playa” (FASE I).

Con fecha de 23 de julio de 2001, el Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife adoptó el acuerdo de prestar conformidad al texto del Convenio urbanístico para la reordenación del Plan Parcial de Las Teresitas, aprobado por el entonces Consejo de Administración de la Gerencia de Urbanismo en sesión de fecha 18 de julio de 2001 y que, posteriormente, determinó la suscripción de escritura pública de compraventa de adquisición de los terrenos precisos para su ejecución, que tuvo lugar con fecha de 18 de septiembre de ese mismo año.

Estos actos administrativos fueron recurridos por la Asociación Coordinadora Ecologista El Rincón ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que, con fecha de 28 de abril de 2003, dictó sentencia inadmitiendo el recurso. No obstante, contra dicha sentencia la referida Asociación interpuso, con fecha de 24 de junio de 2004, recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el que era parte recurrida el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife que respondió oportunamente el recurso.

En este contexto la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife emprendió las primeras actuaciones.

La actuación de ordenación territorial que debía desarrollar el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife contemplaba como primeras operaciones, el desmonte y derribo de toda construcción existente, concretamente, la eliminación total del campo de fútbol y la Cofradía de Pescadores, y proyectaba dos importantes intervenciones a llevar a cabo en cabeza y final de playa, donde se preveía la ejecución de edificaciones. Así en la zona denominada “Cabeza de Playa”, de un edificio destinado a aparcamiento, (272 plazas), y locales comerciales que contemplaba una planta sótano y una planta sobre la rasante natural del terreno, en un ámbito que ocuparía, en su cara frente a la playa, tanto la servidumbre de protección marítimo terrestre, servidumbre de tránsito, así como 1223 metros cuadrados de Dominio Público Marítimo Terrestre; proyectándose que uno de los locales de aproximadamente 200 metros cuadrados de uso inespecífico, se asentara en dominio público marítimo terrestre. El resto del proyecto, playa, hasta el espigón, trascurría en su totalidad por Dominio Público. En la zona de final de playa, contemplaba la construcción de una plataforma bajo la cual, se preveía la instalación de diferentes servicios, sin especificar, y que culminaba con un graderío integrado en la ladera de la montaña, que igualmente ocupaba los citados bienes demaniales, según el deslinde de Dominio Público Marítimo y Terrestre vigente entonces, aprobado por la Orden Municipal de 3 de marzo de 1961.

La indeterminación del uso de esas concretas áreas resultaba incompatible con la normativa aplicable en materia de usos y ocupación del dominio público marítimo terrestre, tal y como advertía los artículos 25, 26, 27, 31 y concordantes de la Ley de Costas y Reglamento para su desarrollo y ejecución así como las disposiciones del TR de la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias. Además, en todo caso, sería obligatorio, con carácter previo, a solicitar y obtener las autorizaciones y concesiones que eran procedentes de conformidad con la legislación sectorial aplicable (artículo 166, LOTCENC).

En aquellas fechas, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife se encontraba llevando a cabo gestiones por la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente, en aras de suscribir un convenio en el que se establecía el marco de colaboración en el desarrollo del proyecto, que quedaba supeditado a la adopción de nuevas decisiones administrativas siendo preciso fijar una nueva delimitación del dominio público marítimo terrestre que tuviera en cuenta la nueva realidad que resultara de las obras proyectadas.

En todo caso, la actuación de ordenación territorial diseñada, requería de la preceptiva autorización de órganos supralocales: Comunidad Autónoma por afección a servidumbre de Protección Marítimo Terrestre (artículo 129 del RD 1471/1989 por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo de la Ley de Costas) y Dirección General de Costas por afección a Dominio Público Marítimo Terrestre, que ostentan poder de información y autorización, estando concretamente supeditado al régimen de autorizaciones que establece el artículo 31, 42, 51 y concordantes de la ley 22/1988, de 28 de julio, Protección, utilización y Policía de Costas para todo uso y actos de Edificación en bienes de Dominio Público Marítimo Terrestre, protegidos por la citada legislación sectorial.

El día 5 de mayo de 2004 La Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife remitió a la Viceconsejería de Medio Ambiente de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias, copia del proyecto ejecutivo de Ordenación “Playa de la Teresitas”, emitiéndose informe de 6 de octubre de 2004 por la entonces Viceconsejera de Medio Ambiente, en el que se pronunciaba sobre el sometimiento del proyecto al procedimiento de Evaluación del Impacto Ecológico, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.4 de la Ley Territorial Canaria, Ley 11/1990, de 13 de julio de Evaluación del Impacto Ecológico, por contemplar el proyecto obras, no de simple reposición o reparación de las ya existentes, sino que implicaba aumento de la superficie de la Playa, lo que requería autorización administrativa por parte del órgano sustantivo, estando incluidas las obras en el Anexo I, Apartado 30 de la citada Ley, y encontrándose

pendiente de determinar, la categoría de evaluación a la que debía someterse el proyecto, así como el órgano administrativo actuante.

A todo ello había que añadir que la Edificación diseñada en la Zona de Cabeza de Playa por el arquitecto Dominique Perrault en el proyecto correspondiente al Fase II a desarrollar por la Corporación Local, incumplía la normativa urbanística de aplicación, y la que de manera inminente entraría en vigor, (Plan General de Ordenación Urbana del año 1992, Modificación y Adaptación Básica al Decreto legislativo 1/2000, Texto Refundido de La ley de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias, aprobada por acuerdo de 20 de diciembre de 2004), en cuanto a usos y aprovechamiento del suelo, por contemplar ocupación de suelo destinado a vía o espacio público, y quedar fuera de la línea respecto de la alineación exterior, así como en parámetros relativos a volumen, ocupación máxima permitida, (artículo 10-3-1 del citado PGOU), y en parámetros relativos a la superficie, que tampoco estaba justificada en el proyecto, siempre en relación a las condiciones particulares que la normativa establecía para esa la zona.

El planeamiento vigente contemplaba una parcela A2a de 3871 m<sup>2</sup> de superficie al que asignaba un uso de equipamiento y terciario, una edificabilidad de 0,76 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup> siendo así que el edificio proyectado abarcaría una superficie de 7936,60 m<sup>2</sup>.

En el contexto de este marco descrito, Manuel Parejo Alfonso, en su condición de Concejal de Gobierno de Área de Servicio Territoriales y Consejero Director del organismo autónomo “Gerencia Municipal de Urbanismo” del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, cargo que ostentó hasta el 18 de junio de 2007; José Domínguez Pastor, en su condición de Concejal Delegado en materia de Infraestructuras y Obras, cargo que ocupó desde el 3 de julio de 2003 al 7 de enero de 2005, delegación esta que abarcaba la facultad de dirigir y gestionar el Servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras de la Gerencia Municipal de Urbanismo, Sector Funcional de Servicios Territoriales, y luego, como concejal de Vivienda, y Dámaso Norberto Plasencia Vizcaíno, concejal también del grupo de gobierno de la corporación local durante el mandato 2003-2007 y siguiente, primero ostentando el cargo de concejal de Servicios Públicos, y luego concejal delegado en materia de Infraestructura y Obras desde el 7 de enero 2005 hasta la fecha, actuando con plena conciencia de que el Proyecto Fase II no se ajustaba a la normativa urbanística, que además debía ser sometido a Evaluación de Impacto Ecológico, y que adolecía de las autorizaciones administrativas sectoriales que era preceptiva por estar afectados bienes demaniales intangibles, decidieron arbitrariamente iniciar, tramitar e impulsar el procedimiento administrativo dirigido a la aprobación, adjudicación y ejecución de las obras contempladas en el mismo.

Para llevar su plan adelante, dieron las instrucciones precisas a los funcionarios del Servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras que dependía directamente del concejal delegado en esas fechas, José Domínguez Pastor; de tal forma que, en el mes de Diciembre de 2004, en el Servicio de Proyectos Urbanos Infraestructuras y obras, se Inició el expediente núm de referencia U 99/2004, que se encabezó, sin que conste por escrito acuerdo ni orden de proceder, con un informe favorable emitido el 13 de diciembre de 2004 por Epifanio Gómez Sánchez, arquitecto de profesión y por aquel entonces, Director General de Política Territorial de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, quien actuó en connivencia con los anteriores. Para ello, se prestó a emitir dictamen sobre la conformidad o disconformidad del proyecto con la ordenación de recursos naturales, territorial y urbanística aplicable. Así aún siendo conocedor de todas las circunstancias que concurrían y hacían inviable la aprobación del proyecto y ejecución de las obras en aquellas fechas, dados su posición dentro de la Gerencia Municipal de Urbanismo, que le había permitido participar en diversas reuniones previas donde fue tratado el asunto, además de por sus conocimientos técnicos en la materia, emitió informe haciendo constar únicamente en el texto que "en líneas generales el proyecto de Urbanización que ahora se presenta se ajusta sustancialmente a la ordenación Urbanística contenida en la modificación del Plan General de Ordenación, en el ámbito litoral de Anaga, "Área de las Teresitas", omitiendo en el mismo cuantos aspectos esenciales se relacionaban con la afección, por ocupación, de construcciones y edificaciones del Dominio Público Marítimo y Terrestre, y sin reflejar todos aquellos aspectos relacionados con la parcelas, usos y aprovechamientos, parámetros de altura, volumen y ocupación máxima permitida, datos imprescindibles que tampoco se especificaron en ningún informe posterior.

A continuación, María Loreto Ariz Alonso, funcionaria del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, quien por aquel entonces ocupaba el puesto de Jefa del Servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras dependiente de la Gerencia de Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, quien era conocedora del proyecto, su alcance, afectación a bienes demaniales, y disconformidad que el mismo presentaba con la ordenación urbanística aplicable, y María Candelaria Benítez Pérez, también funcionaria de la corporación local, en su condición de técnica de la Cordinación Administrativa del citado Servicio, asesora Legal del área, en el ejercicio de sus funciones de Jefatura y técnico -consultivas, evacuaron sendos informes con propuesta favorable. Así Loreto Ariz hizo constar en un informe, sin fecha, una mención genérica a que "el proyecto debía ser supervisado por el servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras, (del que Loreto Ariz era Jefa de Servicio), antes de la tramitación de la licitación de las obras, al objeto de verificarse en ese momento la condiciones que pudiera imponer el Ministerio de Medio Ambiente y las que se derivasen de la normativa vigente", lo que no se llevó acabo a lo largo de la tramitación

del expediente. Por su parte, Candelaria Benítez, emitió el 14 de diciembre de 2004 un informe jurídico, siguiendo las instrucciones recibidas, proponiendo elevar el expediente a conocimiento y resolución del Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo con idéntica propuesta favorable, omitiendo en el texto cualquier referencia al régimen de autorizaciones administrativas a que debía estar sometido la aprobación del proyecto, lo que afectaba, entre otras, a la disponibilidad de los terrenos para su ejecución, y a sabiendas de que los servicios técnicos municipales con competencia en materia de planeamiento y en materia de edificación, no se habían pronunciado sobre la conformidad o no del mismo a la normativa urbanística aplicable.

En sesión ordinaria celebrada el 17 de diciembre de 2004, por el Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, que fue presidida por Manuel Parejo Alfonso, en su condición de Vicepresidente Primero y Consejero Director del citado organismo autonómico, y en la que participaron entre otros, como concejales del grupo de gobierno municipal, los consejeros con derecho a voto José Domínguez Pastor, por entonces concejal delegado del servicio que había tramitado el expediente, y también Dámaso Norberto Plasencia Vizcaíno, encontrándose presentes Epifanio Gómez y María Loreto Ariz, en su condición de asesores y como autores de los informes técnicos preparatorios de la decisión final, se acordó la aprobación del "Proyecto de Ordenación del Frente Marítimo de la Playa de las Terresitas, Fase acceso a Playa y Complementos", (Fase II), con el voto favorable de los concejales anteriormente citados, entre otros, no constando que el resto de los vocales con derecho a voto que igualmente votaron favorablemente, fueran conocedores o partícipes del plan urdido, pues pudieron obrar simplemente en consonancia con los informes técnicos y jurídicos que acompañaban al expediente. En el acuerdo se hizo constar que el proyecto sería supervisado por el Servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras, del que Loreto Ariz era Jefa de Servicio, antes de la tramitación de la licitación de las obras, al objeto de verificarse en ese momento las condiciones que pudiera imponer el Ministerio de Medio Ambiente y las que se derivasen de la normativa vigente.

En la sesión de 17 de diciembre de 2004 tomaron la palabra tanto Loreto Ariz como Manuel Parejo. La primera, para explicar someramente las actuaciones y el segundo, para expresar la necesidad de aprobación del proyecto.

Una vez obtenido el acuerdo preciso para llevar su plan adelante, el expediente continuó en todos su trámites, sucediéndose una cadena de acontecimientos en los que intervinieron simultánea o sucesivamente los acusados, y que culminó con la adjudicación de las obras a la empresa Obrascon Huarte Lain, (OHL S.A.), suscripción del contrato de obras e inicio de la misma, lo que tuvo lugar en el mes de Diciembre de 2006.

Así, en sesión de carácter ordinario celebrada el día 14 de octubre de 2005 por el Consejo Rector de la Gerencia Municipal Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, que fue presidida por el Vicepresidente Primero y Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, Manuel Parejo Alfonso, se acordó aprobar el gasto plurianual para la financiación de la obras, el pliego de condiciones económico-administrativas que han de regir la aprobación de las obras por concurso, procedimiento abierto, y aprobar el expediente de contratación, procediendo a la convocatoria del concurso.

Con fecha de 8 de noviembre de 2005, Loreto Ariz emitió nuevo informe favorable, haciendo constar que la Dirección General de Costas estaba sometiendo a información pública su proyecto con un presupuesto base de 15.727,100,90 euros. Igualmente hizo referencia a que la ejecución de las obras debería tener en cuenta la normativa vigente tanto nacional como local, omitiendo cualquier referencia a los problemas urbanísticos que presentaba el proyecto así como a la ausencia de autorizaciones para la ocupación de bienes demaniales, pues ni tan siquiera se había procedido a cursar solicitud de autorización.

Al día siguiente, la Intervención Delegada del Ayuntamiento emitió informe recogiendo una serie de advertencias en relación al obligatorio cumplimiento de lo previsto en los artículos 128 y 129 del TR de la Ley de Contratos Públicos.

El 10 de noviembre de 2005 en sesión celebrada por el Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo, presidida por Manuel Parejo, como Consejero Director, y encontrándose presentes los consejeros con derecho a voto José Domínguez y Dámaso Norberto Plasencia así como Epifanio Gómez y Loreto Ariz en clairdad de asesores, se acordó la aprobación del expediente de contratación y el pliego de cláusulas administrativas que debían regir la adjudicación de las obras de este proyecto, votando a favor los consejeros anteriormente citados, entre otros.

El expediente de contratación continuó, y tras la convocatoria a la mesa de contratación y Actas de Apertura de plicas, actos que tuvieron lugar en los primeros meses del año 2006, y en los que tuvo participación el Consejero Director Manuel Parejo Alfonso y el Concejal delegado en la materia Dámaso Norberto Plasencia, actuando también en esta fase en labores técnico-consultivas Loreto Ariz y después de que ésta emitiera propuesta favorable con fecha de 6 de marzo de 2006, sin que en ella ya se recogiera mención alguna al cumplimiento de la normativa ni tampoco se informara en el sentido expresado en el acuerdo del Consejo Rector de 17 de diciembre de 2004, se elevó el expediente al Consejo-Rector, que en sesión de fecha 8 de junio 2006, presidida nuevamente por Manuel Parejo Alfonso, y en la que intervinieron los

concejales Dámaso Norberto Plasencia y José Domínguez Pastor como vocales con derecho a voto, así como en su condición de asesores, Epifanio Gómez y Loreto Ariz, se aprobó la adjudicación de la obra a la empresa OHL S.A. firmándose a continuación, el contrato de obra por el Consejero Director Manuel Parejo Alfonso y la empresa adjudicataria, en el que se fijó como precio 21.420.758€, y plazo de ejecución 14 meses. Estos se llevaron a cabo sin que tan siquiera se hubiere efectuado “replanteo previo”, lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Real Decreto legislativo 2/2000 de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Públicas, debió llevarse a cabo previamente a la tramitación del expediente de contratación de las obras, tal y como fue advertido de nuevo por la intervención delegada, acto que se omitió pues no se disponía de las autorizaciones sectoriales preceptivas, ni se había suscrito el convenio de colaboración con el Ministerio de Medio Ambiente y por tanto, los acusados eran conscientes de que no concurría el requisito indispensable de contar con la “disponibilidad de los terrenos para la edificación” en todos los procedimientos.

En el periodo en que se llevaron a cabo estos últimos actos y resoluciones Administrativas, ya Manuel Parejo, Dámaso Plasencia, José Domínguez, Epifanio Gómez y Loreto Ariz conocían además, de la imposibilidad de obtener las autorizaciones precisas para la ocupación de los bienes de Dominio Público Marítimo Terrestre cuya ocupación contemplaba el proyecto, pues por Resolución de la Dirección General de Costas de fecha 20 de febrero de 2006 se autorizó la incoación de Expediente de Deslinde de los Bienes de Dominio Público Marítimo Terrestre del tramo de costas correspondiente a la Playa de las Teresitas, en cuyo proceso de tramitación, la Demarcación de Costas de Tenerife dio el preceptivo traslado al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el 7 de abril de 2006, a los fines de requerir de informe. En este escrito, dando traslado, se recordaba la suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el Dominio Público Marítimo Terrestre y en su Servidumbre de Protección en tanto se tramitaba el procedimiento (artículo 12.5 ley 22/1988, Protección, Utilización y Policía de costas y artículo 21 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, Reglamento General para el Desarrollo y Ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas).

El expediente de contratación que siguió al acuerdo de la aprobación del Proyecto del Ordenación del Frente Marítimo de la Playa de las Teresitas, Fase a Acceso y Complementos, (Fase II), fue informado desfavorablemente por la Intervención Delegada de la Gerencia Municipal de Urbanismo, a la que se le dio traslado para su fiscalización y censura.

Así, la Intervención- Delegada, el 8 de noviembre de 2005, 19 de mayo de 2006, y 21 de agosto de 2006, emitió informes desfavorables, formulándose un doble

reparo: de una parte dejándose constancia en los informes de la inexistencia de acta de replanteo previa, (artículo 129 de RDL 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública), y de otra, que la aprobación del gasto y adjudicación del contrato de obra debía quedar supeditado a la aportación del proyecto informado por el servicio correspondiente, al no constar en la documentación, informe alguno sobre el proyecto, no dándose por tanto cumplimiento al artículo 128 del citado decreto legislativo, que establece que antes de la aprobación del proyecto, cuando su cuantía sea igual o superior a 300.506,05€, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos, encargadas de verificar que se han tenido en cuentas las disposiciones de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulte de la aplicación para cada tipo de proyecto .

A fin de solventar formalmente el primero de los reparos, Dámaso Norberto Plasencia Vizcaíno, concejal en aquellas fechas con competencia en la materia, actuando igualmente como representante de la Corporación Local, el día 6 de noviembre de 2006, procedió a efectuar el replanteo del proyecto, levantando acta en la que hizo constar que existía “disponibilidad de los terrenos precisos para la normal ejecución de las obras, así como las licencias, autorizaciones y concesiones administrativas necesarias”, circunstancia esta que no se ajustaba a la realidad. El mismo día, Loreto Ariz Alonso levantó a su vez, acta de comprobación de replanteo e inicio de obra, actuando en su condición de jefa de supervisión del proyecto, recogiendo en el texto que “no se observa servidumbre aparente que impida su comienzo”.

En nuevo informe emitido por la Intervención Delegada de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 29 de diciembre de 2006, se informó desfavorablemente el expediente de contratación, por permanecer el segundo de los reparos formulados, al no constar en el expediente, proyecto informado por el servicio correspondiente .

El día 28 de diciembre de 2006 tuvo entrada en la Gerencia Municipal de Urbanismo, del que seguía siendo Consejero Director el acusado Manuel Parejo Alfonso, un escrito presentado en el ayuntamiento por la Asociación Tinerfeña de Amigo de la Naturaleza, (A.T.A.N.), en el que se denunciaban las obras que en esas fechas ya habían empezado a ejecutarse, por estimarlas actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, no estar amparadas en el procedimiento legalmente establecido para actuar en Dominio Público Marítimo Terrestre, ni ser conformes con la normativa sobre Evaluación de Impacto Ambiental, al tratarse de obras sometidas al citado procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 en relación con el Apartado 30 , Anexo I de la Ley Territorial 11/1990 de 13 de julio, de Prevención de Impacto Ecológico.

En el citado escrito, igualmente se recordaba que en ese periodo se estaba tramitando el deslinde de los Bienes de Dominio Público que conllevaba el efecto suspensivo de otorgamiento de autorizaciones establecido en el artículo 12.5 de la Ley de Costas, circunstancias todas ellas conocidas por los acusados.

Al persistir aun uno de los reparos formulados por la Intervención Delegada, provocándose la retención del crédito si bien las obras ya había empezado, Loreto Ariz actuando en connivencia con el concejal de urbanismo y el concejal de obras, con ánimo de dar cierta apariencia de legalidad al procedimiento, emitió un informe de fecha 18 de abril de 2007 favorable al proyecto aprobado en diciembre de 2004, pero sin hacer mención alguna a la legalidad aplicable ni a la ausencia de autorizaciones, con el único objeto de subsanar formalmente el reparo que, reiteradamente, formulaba la Intervención Delegada del Ayuntamiento.

En fecha no determinada pero en todo caso comprendida en el primer trimestre del 2007, Manuel Parejo Alfonso, quien en esa fecha seguía ostentando el cargo de concejal de gobierno del Área de Servicios Territoriales y Consejero Director del Organismo Autónomo Gerencia Municipal de Urbanismo, y Dámaso Norberto Plasencia Vizcaíno, concejal en la materia de Infraestructuras y Obras dependiente de la citada Gerencia, siempre actuando de mutuo acuerdo y con el asesoramiento de la acusada Loreto Ariz, acordaron iniciar un expediente de obras mayores para aprobación de un proyecto modificado del original, Modificado nº 1, que se tramitó por el Servicio de Proyecto Urbanos, Infraestructuras y Obras, número de expediente 27/2007, encomendando también en esta ocasión su redacción al arquitecto particular Dominique Perrault.

Las modificaciones pretendidas consistían entre otras, en un cambio en la estructura del fondo de la playa y dotar de mayor aprovechamiento urbanístico al edificio destinado a aparcamientos y locales comerciales sito en cabeza de playa, que suponía la inclusión de una segunda planta parcial de aparcamientos, con un incremento de 130 plazas de aparcamientos más.

La autorización para la realización del proyecto fue informada por Loreto Ariz favorablemente el 30 de marzo de 2007, y se aprobó en sesión del Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo celebrada el 13 de abril de 2007, estando presidida la misma por Manuel Parejo Alfonso, y votando a favor entre otros, en su condición de consejeros del grupo de Gobierno Municipal, Dámaso Norberto Plasencia y José Domínguez Pastor.

El día 3 de mayo de 2007, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, dictó sentencia en el Recurso de Casación nº 4693/03, en la que declaró haber lugar, y por tanto estimar en parte el Recurso de Casación interpuesto por la Asociación “Coordinadora Ecologista Popular El Rincón” contra el contrato de compra venta de once fincas, llevado a cabo por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en fecha 18 de septiembre de 2001, contrato que se declaró contrario al ordenamiento jurídico. La anulación declarada del citado contrato incidía de manera directa y determinante en el proyecto global diseñado por Dominique Perrault, pues conllevaba la pérdida por parte del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife del derecho de propiedad sobre las parcelas que debían ser cedidas al Ministerio de Medio Ambiente, circunstancia que hacía inviable la formalización del convenio de colaboración entre la Dirección General de Costas y la Corporación Local, en el marco de actuación de ordenación territorial pretendida.

En este contexto, Luz Candelaria Reverón González, quien sucedió en el cargo de Concejal de Urbanismo y Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo a Manuel Parejo Alfonso, en el mes de junio de 2007, continuó con la tramitación del expediente que se estaba llevando a cabo para aprobación del proyecto Modificado nº 1, que tras informe favorable del servicio, de fecha 27 de septiembre de 2007 y 5 de octubre de 2007, con el conforme de la acusada Loreto Ariz, se elevó a conocimiento y aprobación del Consejo Rector, que en sesión de fecha 29 de octubre de 2007, aprobó el Proyecto Modificado nº 1 y la Adjudicación de las obras a la misma empresa OBRASCON HUARTE LAIN, (OHL, S.A). Esta sesión fue presidida en su condición de Vicepresidenta Primera y Consejera Directora por Luz Candelaria Reverón González, y votaron favorablemente, entre otros, Dámaso Norberto Plasencia y Parejo Alfonso, actuando una vez más en su condición de asesora, Loreto Ariz, jefa del servicio y directora supervisora de dirección de proyectos, no constando acreditado que Luz Reverón y el resto de los consejeros que votaron favorablemente, no lo hicieran simplemente en consonancia con los informes técnicos que acompañaron al expediente. El 5 de noviembre del año 2007 Luz Reverón formalizó con la empresa adjudicataria el contrato de obra, documento que se incorporó como Addenda al contrato suscrito el 13 de junio del año 2006.

El día 20 de Diciembre del año 2007, la Demarcación de Costas de Tenerife, a la que no se le había solicitado autorización ni información sobre el nuevo Proyecto Modificado nº1, remitió un escrito al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en el que comunicaba que el conjunto de obras que ejecutaba el Ayuntamiento afectaba tanto a Dominio Público Marítimo Terrestre como Servidumbre de Protección, haciéndose constar que se carecía de autorización para las obras que afectaban a los dos ámbitos.

Por su parte, la entidad adjudicataria de las obras, en sendos escritos de fecha 17 y 23 de enero de 2008, comunicó al ayuntamiento que, tras incidencias habidas con la Inspección de Costas se procedía a paralizar provisionalmente las obras.

Una vez producidas todas estas incidencias y conocidas las circunstancias en que se había procedido a aprobar los proyectos e iniciar las obras, el Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo, tras acuerdo del Pleno Municipal, acordó, con fecha de 17 de marzo de 2008, suspender las obras, así como la ejecución del contrato con OHL, S.A. y el contrato de asistencia técnica para la dirección de la obra suscrito con Dominique Perrault.

Las obras objeto del proyecto “Ordenación Frente Marítimo Playa de las Teresitas, Fase Acceso a Playa y Complementos, (Fase II), han permanecido desde entonces paralizadas, siendo las obras ejecutadas hasta el momento: movimientos de tierra y acopio en zona final de Playa, y en cabecera de Playa, se ha levantado parcialmente la estructura del edificio de aparcamientos y locales comerciales, siendo la superficie de ocupación de 4000 metros cuadrados en planta sótano, y 5690 metros cuadrados en planta baja, habiéndose ocupado Servidumbre de Protección Marítimo Terrestre en unos 6,5 a 7 metros cuadrados de fondo y 60 metros cuadrados de frente, lo que hace una superficie total de 420 metros cuadrados .

El Director General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente, en escrito de fecha 6 de mayo de 2008 comunicó al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife que tras la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 3 de mayo de 2007, resulta inviable la firma del convenio entre el Ministerio Medio Ambiente y el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en el que se pretendía establecer el marco de colaboración para el desarrollo del proyecto.

El 23 de febrero del año 2010 la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha dictado sentencia en el Recurso de Casación 3942/08, por la que se desestima la pretensión del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, de declarar inejecutable la sentencia de 3 de mayo de 2007.

El Proyecto de Urbanización diseñado por el arquitecto Dominique Perrault no es, por tanto, susceptible de legalización, y por ello, la Concejería de Turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, que había suscrito en fecha de 29 de septiembre de 2005, un convenio de colaboración con el Cabildo Insular de Tenerife y el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en virtud del cual se encomendaba a esta último la gestión de la actuación en Playa de las Teresitas, dotándole del presupuesto necesario para su financiación, suspendió el libramiento de

las cantidades pactadas, e instó al Ayuntamiento de Santa Cruz el 19 de enero de 2009 a la remisión de otros proyectos alternativos.

Por Resolución de fecha 12 de diciembre de 2009, se aprobó el deslinde de los bienes de Dominio Público Marítimo Terrestre en este tramo de costa, que es coincidente con el anterior (O.M. de 13 de mayo de 1961), en lo que atañe a los hechos aquí descrito”.

Y con el siguiente FALLO: “Que debo CONDENAR Y CONDENO a MANUEL PAREJO ALFONSO, DÁMASO NORBERTO PLASENCIA VIZCAÍNO Y JOSÉ DOMÍNGUEZ PASTOR como autores penal y civilmente responsable de DOS DELITOS DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA del artículo 320.2 del Código Penal y un DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO del artículo 319.1 y 3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la penas, en relación a Manuel Parejo, UN AÑO DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y SIETE AÑOS DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por cada uno de los dos primeros delitos y UN AÑO DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y UN AÑO DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por el tercer delito; a Dámaso Norberto Plasencia, NUEVE MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y SIETE AÑOS DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por cada uno de los dos primeros delitos y NUEVE MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y UN AÑO DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por el tercer delito; a José Domínguez, SEIS MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y SIETE AÑOS DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por cada uno de los dos primeros delitos y SEIS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y UN AÑO DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por el tercer delito.

Igualmente debo CONDENADO Y CONDENO a LORETO ARIZ ALONSO como autora penal y civilmente responsable de DOS DELITOS DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA del artículo 320.1 del Código Penal y UN DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO del artículo 319. 1 y 3 del Código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y SIETE AÑOS DE INHABILITACION

ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por cada uno de los dos primeros delitos y UN AÑO DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y UN AÑO DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por el tercer delito.

Debo CONDENAR Y CONDENO a EPIFANIO GÓMEZ SÁNCHEZ Y CANDELARIA BENÍTEZ PÉREZ com autores de UN DELITO DE PREVARIACIÓN URBANÍSTICA del artículo 320.1 del Código Penal y, como cooperadores necesarios de un DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO del artículo 319.1 y 3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, debiendo imponerle a Epifanio Gómez NUEVE MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y SIETE AÑOS DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por el primer delito y NUEVE MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y UN AÑO DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por el segundo delito; a Candelaria Benítez, SEIS MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y SIETE AÑOS DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO el primer delito y SEIS MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y UN AÑO DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por el segundo delito.

Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a LUZ CANDELARIA REVERÓN GONZÁLEZ de los pedimentos dirigidos en su contra.

Se acuerda la DEMOLICIÓN a cargo, por partes iguales, de los acusados que han sido condenados a través de la presente de las obras ilegales, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Las costas procesales serán de cargo de los acusados condenados a través de la presente por partes iguales..”

Segundo.- Notificada la misma, interpuso contra ella Recurso de Apelación por las representaciones de los condenados MANUEL PAREJO ALFONSO, EPIFANIO GÓMEZ SÁNCHEZ, DÁMASO NORBERTO PLASENCIA VIZCAÍNO, LORETO ARIZ ALONSO, CANDELARIA BENÍTEZ PÉREZ y JOSÉ DOMÍNGUEZ PASTOR. Dado traslado a las partes, por los apelantes se manifestó adhesión a los recursos presentados por el resto de los coacusados, mientras que por el Ministerio Fiscal se formuló oposición al recurso.

Tercero.- Una vez recibidos los Autos en esta Sección, formado el rollo de Apelación 510/2014, mediante Auto de 9 de junio de 2014 se acordó denegar la práctica en esta segunda instancia de las pruebas solicitadas por las representaciones de los

apelantes en los términos expuestos en los razonamientos jurídicos primero y segundo de la presente resolución, así como denegar la petición de celebración ante este Tribunal de vista oral formulada por las representaciones de los apelantes. Se señaló para la deliberación y fallo del recurso el, quedando los Autos vistos para Sentencia.

## **HECHOS PROBADOS.**

Único

Se aceptan los hechos declarados probados en la Sentencia apelada,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE D. MANUEL PAREJO ALFONSO

PRIMERO.- La representación del apelante, D. Manuel Parejo Alfonso plantea de manera asistemática una serie de peticiones de nulidad que han de considerarse como cuestiones previas y que por tanto deben resolverse antes de entrar a examinar el fondo del asunto.

Censura el recurrente que no se haya cumplido la exigencia del art 786 .2 LECr , de que las cuestiones previas planteadas se resuelvan en el mismo acto, y no de una manera diferida en la sentencia, como ha hecho el tribunal de instancia, tanto porque así lo establece la ley, como porque de estimarse las cuestiones planteadas hubieran tenido gran trascendencia en el desarrollo de la práctica de la prueba.

Lo primero que se observa es la absoluta ausencia de indefensión que el momento de resolución por parte del tribunal de instancia pudo ocasionar a las defensas de los acusados, y en concreto del recurrente, y que es imprescindible para que prospere un motivo basado en la presunta conculcación de un precepto procesal, con la gravísima consecuencia de la nulidad pretendida.

A falta de una norma, tan interesante desde el punto de vista de la sanación del procedimiento, antes de la vista del Juicio Oral, en cuanto garantiza la observancia de la buena fe procesal y la igualdad de armas para las partes, y evita los indeseables consecuencias que pueden producirse una vez citados -y presentes- peritos y testigos, y para la agenda -siempre sobrecargada de un tribunal penal-, como es la proposición de las cuestiones de previo pronunciamiento , conforme al [art. 666](#) LECr , (y en el art 36 [LOTJ](#) ) el planteamiento de las cuestiones previstas, para el Procedimiento Abreviado -caracterizado por los principios de sencillez, concentración, celeridad y

economía - por el art 786.2 de la LECr , es evidente que está referido a alegaciones no complejas que, por ello, puedan resolverse en el mismo acto. La audiencia alegatoria , que fue introducida por la [LO 7/1988, de 28 de diciembre](#), para el citado procedimiento inspirado en los referidos principios, cuando lo alegado es complejo, y su comprobación no puede resolverse de una manera rápida y, menos aún precipitada , precisando un estudio detenido (de los cientos o miles de folios de la causa), e incluso no desgajado del examen de toda la prueba prevista, no puede conllevar poner en riesgo el derecho constitucional ( art 24 [CE](#).) de todas las partes a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, incluida la del descartamiento de la indefensión de cualquiera de aquéllas.

Por ello, ha dicho la Sentencia del Tribunal Supremo [nº 511/2011](#) de 16 de mayo que es aconsejable la remisión a la sentencia, tras la plena celebración del juicio oral, cuando el Tribunal no cuenta con elementos de juicio suficientes para establecer los datos de hecho de los que aquella decisión depende. Y , en efecto, la Sentencia [1290/2009 de 23 de diciembre](#) remarca que aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales o la licitud de una prueba puede adoptarse en la iniciación de la vista oral, conforme al art. 786.2, también es correcto aplazar tal decisión hasta el momento de dictar la sentencia siempre que existan razones objetivas suficientes para ello. En efecto, matiza la sentencia [nº 818/2011](#) de 21 de julio que al expresar el texto legal que el Tribunal resolverá " lo procedente" ello no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, posibilitando una demora de la misma, aplazando la solución de aquella cuestión, para el momento procesal de dictar sentencia, en donde efectivamente el Tribunal sentenciador de una manera prolija y detallada, explicita las razones de la desestimación del fondo de lo debatido, lo que sería más difícil de llevar a cabo en un acto previo al definitivo de la sentencia, dada la perentoriedad y precariedad del trámite. Mas ello, no puede significar una merma del derecho de defensa de los acusados, que sería lo esencial, para que pudiera estimarse cualquier tipo de nulidad. Según ha declarado reiteradamente esta Sala, es nota esencial y común a la nulidad prevista que el hecho de que se trate haya producido efectiva indefensión. Ello no se constata en la decisión del Tribunal, puesto que no pudiendo ser recurrida de manera autónoma aquélla, solamente en los recursos contra la sentencia podría operar toda la actividad impugnatoria de la parte sobre este particular. Todo ello con la garantía derivada de conocer de la impugnación un Tribunal superior en este caso, esta Sala como órgano decisor y por el recurso de casación como medio procesal, lo que robustece los derechos de defensa, pretendidamente vulnerados por el recurrente.

En efecto como recuerda la [sentencia 286/96 de 3 de abril](#) conviene detenerse sobre el sentido de esta atípica audiencia preliminar y para ello es necesario señalar una primera nota en esta aproximación: los temas a suscitar en la misma son, como

generalmente ocurre en los casos de pluralidad, de distinta naturaleza y efectos en su inflexión en la indefensión. Así, la competencia del órgano judicial, las causas de suspensión del juicio oral y el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto, son temas que evidentemente han de resolverse en el mismo acto, conforme requiere "in fine" tal precepto procesal, en cuanto irrepetibles y afectantes al desarrollo posterior del plenario. La denegación de la pretensión de una parte sobre cualquiera de tales temas sólo puede hacerse valer mediante la "protesta". En cambio, cuando se alega la vulneración de derechos fundamentales, al iniciarse la vista oral, la cuestión no ha sido resuelta de manera reiterada y uniforme. De un lado, el [Auto de 18 de junio de 1992](#) (Caso Naseiro) venía a decir que la audiencia preliminar del proceso abreviado, establecida en el repetido artículo 793.2 procedimental (actual art. 786.2), trataba de evitar las incidencias sucesivas que pudieran después plantearse durante el juicio evidentemente dilatorias del proceso, pues la celeridad y la concentración se constituían en ejes esenciales del mismo, por lo que debería propiciar la resolución inmediata y previa, sobre esas pretendidas infracciones. Sin embargo, el [Auto de 3 de febrero de 1993](#), sea cual fuere el contenido del mismo, claramente señala que el trámite del artículo antes referido no es preclusivo (también la [Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1993](#)). Es decir, conforme a esta última postura, aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales pueda adoptarse, cuando de procedimiento abreviado se trata, en la iniciación de la vista oral conforme al tan repetido artículo 793.2, también es correcto, desde el punto de vista de la legalidad ordinaria y constitucional, aplazar la decisión hasta el momento de dictarse la sentencia siempre que existan razones objetivas suficientes para ello o adelantar tal decisión en la audiencia preliminar de forma sucinta, sin perjuicio de la ulterior motivación y complementación en la sentencia definitiva. Este criterio -dice la [STS. 545/95 de 7 de abril](#)- viene impuesto por el análisis racional del precepto procesal en interpretación gramatical y auténtica, de acuerdo además con los [artículos 11.1](#), [238.3](#) y [242](#) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues "la vulneración del derecho fundamental es, entre otras materias, una de las finalidades de ese incidente previo, sin que el precepto legal obligue a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en ese momento concreto, pues lo que se exige por el mismo es la necesidad de resolver en el acto lo procedente, y lo procedente es también acordar ese aplazamiento para la sentencia final, en base a las razones justificativas que se dan para ello, sobre todo si durante la vista oral se aportan o se reproducen pruebas esclarecedoras al respecto.

En consecuencia, no se observa infracción procedimental alguna en la resolución por el órgano de instancia de las cuestiones previas planteadas.

SEGUNDO.- Entrando en el análisis de las diversas pretensiones reconducibles como cuestiones previas, en primer lugar alega vulneración de los derechos

fundamentales a la defensa a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías, consagrado en el artículo 24.2 CE, en relación con los artículos 786.2, 781.1 y 650 de la LECRIM, invocándose como causa de nulidad, entendiéndose que debe decretarse la nulidad de las actuaciones desde la fecha del dictado del Auto de Apertura del Juicio Oral por el órgano judicial instructor. La citada causa de nulidad invocada fue objeto de la primera de las cuestiones previas presentadas por la defensa de Manuel Parejo y a la que se adhirieron las defensas de José Domínguez Pastor y Loreto Aritz Alonso, alegando que el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal contenía, en el expositivo primero, un extenso relato de hechos que transcurrieron, al parecer, desde el año 2002 hasta el año 2010, relato cronológico en el que se mencionaba de manera constante a su cliente, si bien no se establecía cuales de esos hechos se correspondían con la calificación jurídica expuesta por el Ministerio Fiscal, el cual interesaba la condena del apelante, tal y como se plasmó finalmente en la sentencia de instancia, como autor criminalmente responsable de hasta tres delitos distintos.

Debe tenerse en cuenta que las Sentencias del Tribunal Constitucional 34/2009 de 9 de febrero y 143/2009 de 15 de junio, precisan que, al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación, derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria. Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan.

Se ha señalado también que, a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" ( STC. 87/2001 de 2 de abril). Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados ( SSTC. 36/96 de 11 de marzo, 33/2003 de 13 de febrero, 299/2006 de 23 de octubre y 347/2006 de 11 de diciembre).

Es cierto que a la hora de describir el factum se ha de tener en cuenta lo afirmado por el [TS en S. 29-1-2010, nº 20/2010, rec. 10869/2009](#) , pues con frecuencia nos encontramos con manifestaciones tan genéricas e imprecisas, que hacen imposible

desplegar mínimamente el derecho de defensa. En el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un debido proceso del art. 24.2 [CE](#) , se encuentra el derecho a ser informado previa y formalmente de la acusación, que determina la congruencia del fallo, c--onectado con el derecho de defensa, lo que incluye, entre otras precisiones, la regla de que no cabe acusación implícita, ni tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados, y en ese sentido se expresan las ( [SSTC 54/95](#), [163/86](#), [20/87](#), [17/88](#), citadas en la 19/2000 de [31 de enero](#) Ningún elemento de la acusación, ni fáctico ni jurídico, constituye un dato objetivo e incontestable para el acusado, y no puede tenerse por conocido antes de su formal inclusión en el escrito de conclusiones de la acusación (cfr. [STS de 30 de octubre 2000](#)).

La necesidad de concretar la imputación, primero y la acusación, después, supone que el hecho penal que constituya el objeto del proceso quede bien delimitado, con expresión de los datos que sean precisos para su correcta identificación, a fin de permitir su efectivo conocimiento por parte del acusado y, en consecuencia, un correcto ejercicio de su derecho a la defensa. Así el ATS de 19 de julio de 1997 ( [Causa Especial núm. 880/1991](#) ) concluye que: «Y, sin perjuicio de que más adelante se traiga a colación nuevamente tal cuestión, resulta incuestionable que la ausencia de los hechos, a la hora de definirse una acusación criminal, lesiona irreversiblemente la tutela judicial efectiva, cuando no el derecho del presunto acusado a ser informado convenientemente de la acusación formulada contra él, dentro todo ello del contexto general del derecho a un proceso público con todas las garantías", señalando también que "Ha de entenderse que la deficiencia formal existe no sólo cuando de manera absoluta no consten los hechos probados en la sentencia o los hechos constitutivos de delito en los escritos de acusación, sino también cuando esa referencia se haya hecho, sin concretar de manera genérica».

El correcto ejercicio del derecho de defensa supone para el acusado un perfecto conocimiento de la acusación de la que debe defenderse, conocimiento que ha de alcanzar tanto el aspecto jurídico como el puramente fáctico de su contenido. Por cuanto se refiere a éste último, se proporciona al acusado a través del escrito de calificación formulado por la acusación que debe incluir en su apartado primero «los hechos punibles que resulten del Sumario» (art. 650.1º [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) ). De esta manera para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa, el apartado fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específico (debe permitir conocer con precisión cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas), si bien es cierto que no es preciso que sea

exhaustivo. En este sentido [STS núm. 363/1996, de 29 de abril](#); [núm. 717/1995, de 1 de junio](#) (Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón).

En el sistema procesal penal español, la acusación se concreta en un escrito que se denomina de acusación o de calificación provisional, que sienta la postura de la parte acusadora en orden al desarrollo del juicio oral y que es, en definitiva, el vehículo por antonomasia de concreción de dicho principio acusatorio que rige nuestro proceso penal, mediante el que se fundamenta y deduce la pretensión punitiva y en su caso de resarcimiento, articulándose mediante escrito en el que se exponen y califican los hechos punibles investigados en la instrucción, determinando dicho relato fáctico el tema de la prueba y efectuando la delimitación del objeto del proceso (así [STS 19-12-1986](#) y [21-12-1990](#)). Estableciendo expresamente, en cuanto al contenido de dicho escrito de acusación, el art. 790.5 de la [LECrim](#) ( ) que éste comprenderá los extremos a que se refiere el art. 650 de la misma Ley, que expresa, a los efectos que aquí nos interesa, que dicho escrito se limitará a determinar en la primera de sus conclusiones precisas y numeradas "los hechos punibles que resulten del sumario" por lo que es manifiesto que esta primera conclusión, de indudable relevancia, debe contener una descripción de tales hechos punibles de una manera concreta y sintética, ya que en realidad de la misma han de derivar las restantes conclusiones, puesto que, en efecto, de ella debe deducirse, como ha quedado dicho, qué delito se ha cometido, la participación del acusado, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en su caso y la pena que haya de imponerse al procesado, así como también la petición indemnizatoria, siendo por tanto un acto de postulación equivalente a la demanda en el proceso civil, de relevante trascendencia, pues, para la delimitación de la contienda entre la parte acusadora y el acusado.

Pues bien, no puede sino compartirse plenamente el criterio expresado en la resolución recurrida, toda vez que el escrito de conclusiones provisionales obrante en autos y que determinó la apertura de juicio oral contenía una relación exhaustiva, pormenorizada y cronológica de unos hechos que, a juicio de la acusación, eran constitutivos de la calificación jurídica contenida en el expositivo segundo de dichas conclusiones. Dicho escrito también contenía la intervención y participación que tuvieron los acusados en las diferentes fases del procedimiento administrativo que culminó en dos actuaciones fundamentales, esto es, los acuerdos adoptados en las sesiones ordinarias de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife con fecha de 17 de diciembre de 2004 y 29 de octubre de 2007 así como en la ejecución de las obras que, a criterio de la acusación pública, también deben considerarse constitutivas de delito.

Resulta en este punto significativo que el Auto de fecha 2 de mayo de 2011 dictado por el Juzgado de instrucción nº 2 de Santa Cruz de Tenerife por el que se

acordaba la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado fue recurrido en apelación ante esta Audiencia Provincial, siendo desestimado tal recurso mediante Auto de fecha 24 de febrero de 2012 de esta Sección Segunda de fecha en el que se consideraba que la narración fáctica contenida en la resolución impugnada contenía una imputación correcta y precisa a cada uno de los imputados de los delitos contra la ordenación del territorio por los que se acordaba continuar las actuaciones. Se señalaba expresamente que “como ya ha quedado apuntado el Ministerio Fiscal ha formulado acusación contra cada uno de los recurrentes, diversificando igualmente en su escrito la distinta participación de cada uno de ellos en cada hecho”. Por tanto, ya en ese primer momento se descartó la generación de una posible indefensión debida a una genérica o indeterminada configuración del objeto del proceso. En el acto del plenario, ninguna indefensión se ha producido a los acusados quienes, siempre han tenido perfecto conocimiento tanto de los hechos de los que se les acusa como de la calificación jurídica de los mismos, centrándose perfectamente el debate en el acto del plenario mediante la aportación de las pruebas y la formulación de alegaciones referidas en todo momento a datos y circunstancias que se entendían relevantes para argumentar las posturas de la acusación y defensa. Se observa que la parte apelante no ha especificado en modo alguno qué perjuicio concreto ha podido ocasionarle la alegada incorrección del escrito de acusación presentado por el Ministerio Público. No puede, por tanto, sostenerse que la defensa se haya encontrado impedida para articular su defensa y plantear los medios de prueba dirigidos a desvirtuar las imputaciones. El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- Se alega por otro lado por la representación de este apelante Vulneración de los derechos fundamentales a la defensa y a un proceso con todas las garantías Art 24.2 CE en relación con el Art 714 y 730 LCRIM: introducción indebida de la declaración sumarial del acusado pese a que no silenció en strictu sensu, ya que sí contestó al interrogatorio de la defensa. Aduce que la juzgadora acordó en el acto del plenario la lectura de tal declaración instructora incluso con carácter previo a que el acusado respondiera a las preguntas de su defensa afirmando que así se acordaba ante la posibilidad de que incurriera el mismo en contradicción.

No se aprecia lesión al derecho fundamental invocado. Es doctrina consolidada la que permite al juzgador disponer de absoluta libertad para conceder mayor fiabilidad a lo manifestado por los testigos en la fase de instrucción, o incluso ante la Policía, o a lo manifestado en el plenario cuando se observan contradicciones en las respectivas declaraciones. Tal facultad está condicionada a la concurrencia de los conocidos requisitos de haber sido prestadas aquellas declaraciones con rigurosa observancia de las correspondientes normas procesales aplicables, de haber sido incorporadas al debate contradictorio en el plenario mediante su lectura, en los términos previsto en el art. 714 Ley de Enjuiciamiento Criminal, para posibilitar el interrogatorio sobre las

contradicciones y, finalmente, es también exigible que el Tribunal sentenciador no opte caprichosamente por el material probatorio existente en el sumario, sino que debe explicar y argumentar las razones que le han llevado a considerarlo verosímil y fiable.

Y lo dicho vale tanto para testigos, como para coimputados. En relación a éstos últimos, puede ser pertinente la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de [4 de febrero de 1998](#) a cuyo tenor: "las contradicciones, retractaciones o correcciones sobre la implicación de los acusados en los hechos que se enjuician, frecuentes entre las afirmaciones del sumario y las evacuadas en el acto del juicio oral, no significa inexistencia de actividad probatoria, sino que pasa a ser un tema de apreciación probatoria, pudiendo el Tribunal sentenciador llevar a cabo una confrontación entre unas y otras y formar un juicio en conciencia sobre su respectiva veracidad, en los términos que autoriza el artículo 741 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#). Al respecto el Tribunal Constitucional [Sentencia 1/2006 de 10 de enero](#), incide en que dicho Tribunal ha admitido también tal posibilidad a través de las previsiones de los arts. 714 y 730 LECrim siempre que "el contenido de las diligencias practicadas en el sumario se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en que se documenta, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC [2/2002/ de 14 de enero](#)) pues de esta manera y ante la rectificación o retratación del testimonio operado en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim) o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de las diligencias accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria, publicidad inmediación y contradicción" (STS [155/2002 de 22 de julio](#)).

Por consiguiente, debe considerarse correcta la incorporación como material probatorio de la declaración instructora del imputado a través de su lectura en el acto del juicio oral al acogerse el mismo a su derecho a no declarar más que a las preguntas de su defensa, posibilitando que al ser interrogada por esta tuviera constancia ya de las manifestaciones vertidas en fase instructora que iban a ser valoradas y confrontadas con su declaración en sede de plenario.

Apenas una mínima exposición permite motivar el rechazo a la invocación de inadecuación procedimental invocada por la parte apelante sosteniendo que las actuaciones deberían haberse acomodado a los cauces del procedimiento ante el Tribunal del Jurado al amparo de lo establecido en el artículo 46.5 LOTJ. Durante ninguna de las fases procedimentales se imputó a denunciado, inculpado o acusado alguno la comisión de un delito de los comprendidos dentro de la competencia objetiva del Tribunal del Jurado, a tenor de los artículos 2 y 3 de la mencionada ley orgánica.

CUARTO.- Como último motivo de nulidad se afirma la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art 24.4 CE, "al resolver" indebidamente la sentencia sobre

la existencia de cuestión prejudicial administrativa de carácter devolutivo, con fundamento en doctrina del Tribunal Constitucional sobre el juego de la regla excepcional contenida en el Art 4 LECRIM. Dice el recurrente que es esta una cuestión planteada en el plenario sobre la que la sentencia no se ha pronunciado (“y ni siquiera considerado”) dicha cuestión y ello pese a pender un recurso de casación sobre el deslinde con anterioridad a la sentencia penal, concretamente de 22-1-2014 que confirma el deslinde aprobado en 2009, deslinde que confirma la no ocupación del Dominio Público Marítimo Terrestre.

Debe sentarse como primera consideración que la sentencia apelada sí contiene un pronunciamiento expreso y fundado sobre la planteada cuestión prejudicial, explicando la evolución jurisprudencial al respecto y entendiendo que compete al órgano penal de enjuiciamiento la decisión de tales cuestiones.

En cuanto a la corrección de la decisión adoptada por el órgano sentenciador, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2014, a tenor de la cual “esta Sala tiene establecida una doctrina ya muy consolidada sobre el tema de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal, en la que parte del principio de unidad de jurisdicción distribuida entre diversos órganos jurisdiccionales, operando a partir de ahí con la premisa que recoge el art. 10.1 de la citada [L.O.P.J.](#): “a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”. Esta regla tiene su excepción en lo dispuesto en el apartado 2 del mismo precepto: “no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca”.

A partir de lo preceptuado en la referida norma, la jurisprudencia ha ido fijando el alcance de la jurisdicción penal con diferentes pautas interpretativas que se han venido recogiendo en diferentes resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ([SSTS 1438/1998, de 23-11](#); [1479/2001, de 24-7](#); [2059/2001, de 29-10](#); [1570/2002, de 27-9](#); [363/2006, de 28-3](#); [670/2006, de 21-6](#); y 104/2013, de 19-2, entre otras). En esas resoluciones se ha establecido que la regla contenida en el apartado 1 del [art. 10](#) de la [LOPJ](#) no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4º de la decimonónica LECr.

Esta concepción se muestra congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un

espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento.

Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado [art. 4º](#) de la LECr . impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- depende de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal.

Esta regla viene también avalada, según la jurisprudencia citada, por el reconocimiento en el art. 24.2 [CE](#) del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso -con todas sus instancias- ante otro orden jurisdiccional.

El análisis de la práctica jurisdiccional penal y de la propia jurisprudencia del Alto Tribunal revela el efectivo respeto del principio contenido en el art. 10.1º de la L.O.P.J . en detrimento de lo anteriormente establecido por el [art. 4º](#) de la LECr ., atendiendo a la generalizada inadmisión en la práctica de las cuestiones prejudiciales pretendidamente devolutivas. La regla contenida en el apartado 1 del [art. 10](#) de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4º de la decimonónica LECr .

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha avalado en sus resoluciones el núcleo de los criterios jurisprudenciales que se acaban de señalar, al argumentar -con motivo de resolver un recurso de amparo contra una condena por los delitos de estafa y falso testimonio, fundado en la supuesta obligatoriedad del planteamiento previo de una cuestión prejudicial devolutiva de naturaleza civil- que es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta

en el orden jurisdiccional genuinamente competente ( [STC 278/2000, de 27-11](#)). Y también al examinar un supuesto de delito de malversación refrendó la prioridad de la jurisdicción penal sobre la jurisdicción contable para conocer de la totalidad de los elementos integrantes del hecho delictivo, pues, de un lado, tal preferencia la derivan los órganos judiciales de la interpretación conjunta de las normas reguladoras de la competencia y jurisdicción del Tribunal de Cuentas cuando ejerce funciones de enjuiciamiento ( art. 18.2 de la [Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo](#), del Tribunal de Cuentas , y arts. 16 , 17 y 49.3 [Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas](#).), de las que proclaman la preferencia de la jurisdicción penal ( [arts. 10 y 44 LOPJ](#) ) y, finalmente, del diseño constitucional del Poder Judicial que se deriva del [art. 117 CE](#) ( [STC 126/2011, de 18-7](#)).

Por consiguiente, debe rechazarse la causa de nulidad invocada, reputándose ajustada a la interpretación jurisprudencial referida del artículo 10.º LOPJ la decisión de la juzgadora de instancia de rechazar el carácter devolutivo de la cuestión prejudicial administrativa, entendiendo que la determinación de la situación urbanística de la zona afectada por los proyectos aprobados y la construcción comenzada correspondía al órgano penal enjuiciador, en aras a determinar la concurrencia de los elementos típicos exigidos en delitos de esta naturaleza.

QUINTO.- Resueltas en sentido desestimatorio las cuestiones previas o pretensiones de nulidad invocadas, ha de entrarse en el examen de las impugnaciones relativas al fondo del asunto.

Así, la representación del apelante afirma que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia Art 24.2 CE en relación con el elemento subjetivo del tipo de delito de prevaricación urbanística y delito contra la ordenación del territorio del 319 1 y 3 CP.

El motivo plantea una cuestión común al resto de los recursos, dividiendo en apartados una serie de alegaciones sobre la infracción del principio de presunción de inocencia, con vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española, entendiendo que no existe prueba de cargo suficiente para acreditar la comisión de delito alguno, no ajustándose la declaración y convicción del Tribunal por darse una distinta valoración a los hechos, sin que en la sentencia se enumeren y describan cuales serían los indicios que considera existente contra Manuel Parejo.

En este sentido, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 602/2013 de 5 de julio, la doctrina del Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido de la garantía de presunción de inocencia señalando como elementos del mismo:

1º) que exista una mínima actividad probatoria ;

2º) la exigencia de validez en los medios de prueba que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación. Así pues la convicción del Juzgador debe atenerse al método legalmente establecido para obtenerla, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción, igualdad y publicidad;

3º) que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado;

4º) la motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio;

5º) a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria , siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano.

Así lo han recordado las [Sentencias Tribunal Constitucional nº 22/2013 de 31 de enero](#), citando la doctrina que arranca ya de la [STC nº 31/1981 de 28 de julio](#) y la [STC nº 142/2012 de 2 de julio](#) que recuerda la [sentencia Tribunal Constitucional nº 128/2011](#). Tal general doctrina, señala la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2013, ha de completarse con alguna precisión de esos no del todo determinados parámetros del canon constitucional. Al efecto, se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 592/12 de 11 de junio:

a) Así, en cuanto al control de la razonabilidad de la motivación con la que se pretende justificar, más que demostrar, la conclusión probatoria, hemos resaltado que, más que a la convicción subjetiva del juzgador, ha de acreditarse que pueda asumirse objetivamente la veracidad de las afirmaciones de la imputación . Para predicar tal objetividad debe constatarse la inexistencia de vacío probatorio , porque se haya practicado medios de prueba que hayan aportado un contenido incriminator. Pero, además, la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos debe permitir predicar de la acusación una veracidad que se justifique por adecuación al canon de coherencia lógica que excluya la mendacidad de la imputación, partiendo de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por premisas correctas .

b) Aunque aquella objetividad no implique exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que no concurre cuando existen alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las objeciones a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten dudas razonables sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Puede decirse, finalmente, que, cuando existe una duda objetiva, debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado. Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y

c) El control de la inferencia en el caso de prueba indiciaria implica la constatación de que el hecho o los hechos bases (o indicios) están plenamente probados y los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

La razonabilidad de esta inferencia exige, a su vez, que se adecue al canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, y también al canon de la suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia ( [STC nº 117/2007](#) ). El control de la motivación ha de valorar si el razonamiento expuesto en la resolución recurrida está asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes". ( [Sentencias TS núms. 762/12 de 26 septiembre](#), [638/12 de 16 de julio](#) y [648/12 de 17 de julio](#), reiterando lo dicho en la núm. [542/12 de 21 de junio](#), resolviendo el recurso nº 1358/2011 y [SSTS núms. 122/2012 de 5 de marzo](#), [103/12](#) y 99/12 de 27 de febrero, 1342/11 de 14 de diciembre, 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre, 1385/11 de 22 de diciembre, 1270/2011 de 21 de noviembre, 1276/11 de 28 de noviembre, 1198/11 de 16 de noviembre, 1192/2011 de 16 de noviembre, [1159/11 de 7 de noviembre](#) ).

En consecuencia, lo que corresponde al Tribunal por vía de apelación al respecto de la presunción de inocencia, es verificar si en el juicio se produjo una mínima actividad probatoria de cargo, obtenida con respeto a las garantías constitucionales del acusado, suficiente para desvirtuar dicha presunción.

En el caso de autos el principio de presunción de inocencia ha sido enervado con abundante prueba de cargo a través de medios obtenidos y apartados al proceso sin quebranto de normas constitucionales u ordinarias válidamente obtenida en el juicio, y

que han sido explícitamente valorada de manera racional y de forma motivada en la sentencia, referida tanto a los elementos nucleares de los delito como a la participación de todos y cada uno de los recurrentes, y entre ellas la de D. Manuel Parejo Alfonso.

Se apoya el recurrente, de una parte, en la exención de toda responsabilidad del acusado dada su posición en relación al expediente tramitado, pues si bien reconoce la doble condición de concejal delegado de urbanismo y consejero director de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Manuel Parejo, se alega su formación de médico ( neurólogo ) que se limita a asistir a la junta y expresar su “opinión” como cualquier otro de sus componentes. En el recurso se defiende la regularidad del expediente y su tramitación por la intervención de tres especialistas, “según filtro de legalidad”, que nada repararon: gerente y secretario delegado, y la de la acusada Loreto Ariz en su condición de jefe de servicio de obras, de modo tal que no se produjo ninguna alerta hasta al menos mayo 2007. Aduce que, respecto de la sesión del Consejo Rector que tuvo lugar el día 17 de diciembre de 2004, el ahora apelante, el cual es médico de profesión, se limitó a votar a favor de un proyecto ya elaborado por el Servicio de Obras y que había sido objeto de revisión por tres técnicos, los cuales en sus respectivos informes no habían efectuado reparo alguno a tal proyecto, dejándose en todo caso constancia que la viabilidad del mismo quedaba supeditada o pendiente de la concesión de autorizaciones posteriores.

Frente a ello, la sentencia apelada atiende a las manifestaciones realizadas por el propio apelante en su declaración ante el órgano judicial instructor, declaración a cuya lectura se procedió en el acto de plenario y cuya incorporación como medio probatorio no vulnera norma alguna, tal y como se ha resuelto en esta misma resolución al abordar las cuestiones previas. Así, el apelante refirió en sede sumarial detalles precisos del contenido y vicisitudes del proyecto explicando la intervención que debía tener las Administraciones- estatal, autonómica y local-, las negociaciones con Costas desde el año 2000 y 2003 y que Costas y su compromiso de aprobar el proyecto, la intervención fundamental de urbanismo modificando el Plan General de Ordenación, y que dicha modificación determinó la redacción del proyecto ejecutivo que se aprobó en el Consejo Rector de 17 de diciembre de 2004. Asimismo, reconoció que tenía perfecto conocimiento del contenido de los informes que fueron emitidos por los acusados Epifanio Gómez, y Loreto Ariz, como jefa del Servicio de Proyectos urbanos, Infraestructuras y Obras. Afirmó conocer en diciembre de 2004, cuando se aprobó el proyecto, las obras que el mismo contenía, destacando la construcción de un aparcamiento en la zona de cabeza de playa en el que, el propio acusado, reconoció que aparejaría “aparcamientos, restaurantes, y algún uso público tipo guardería o así”. Además, explicó las alturas que tendría el edificio así como la necesidad de modificar el viario y el cauce del barranco. Al mismo tiempo, afirmó que sabía que era necesario

tanto la autorización de la CCAA para la invasión de la servidumbre de protección como de la Dirección General de Costas en relación a la zona del dominio público marítimo terrestre, recogiendo en la sentencia apelada la contradicción observada al respecto en esa declaración sumarial, ya que aun cuando en un principio dijo que debían ser posteriores a la aprobación del proyecto, más adelante afirmó que entendía que las habían dado “tácitamente”. De ello no cabe colegir sino que su conocimiento del asunto en cuestión era profundo, como se corresponde por otra parte con la indudable transcendencia para la ciudad e importancia económica del proyecto. No podía necesariamente ignorar que dos meses antes, el 6 de octubre de 2004, la entonces Viceconsejera de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias informó sobre la necesidad de someter el proyecto al procedimiento de Evaluación del Impacto Ecológico, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.4 de la Ley Territorial Canaria, Ley 11/1990, de 13 de julio, de Evaluación del Impacto, habiendo sido la propia Gerencia Municipal de Urbanismo la que había elevado consulta al respecto ( el día 5 de mayo de 2004) . Debe resaltarse que dicho pronunciamiento de la Viceconsejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias de fecha 6 de octubre de 2004, (folio 4898, Tomo IX), no obraba en el expediente municipal remitido en su día al juzgado instructor sino en la documentación oficial remitida a dicho órgano judicial por la Demarcación de Costas.

Rechaza en todo caso que existiera un plan concertado por parte de los coacusados, o que el apelante impartiera instrucciones a los técnicos sobre el contenido de los informes que debían evacuar, no existiendo prueba directa ni indiciaria que permita llegar a esa conclusión. Por otro lado, entiende contradictorio que no se atribuya a los demás concejales de la corporación municipal que emitieron su voto favorable en esa reunión, estimando que debe por tanto reputarse de arbitraria la valoración de la prueba efectuada en la resolución de instancia. Señala que las funciones del acusado han sido perfectamente delimitadas por el Director General, de conformidad con lo dispuesto en los Estatutos de la Gerencia de Urbanismo ( Boletín Oficial de la Provincia de 29 de diciembre de 2006). En cuanto a la Junta del Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 29 de octubre de 2007, resalta que D. Manuel Parejo había cesado ya como Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, limitándose a votar a favor del Proyecto conocido como Modificado nº 1, dándose la paradoja de que, sin embargo, la persona que presidió dicha Junta, la coacusada D.<sup>a</sup> Luz Reverón, fue absuelta en la instancia.

Ahora bien, la existencia de ese concierto previo entre los acusados ahora apelantes resulta de la prueba practicada en el plenario. Respecto de D. Manuel Parejo Alonso, consta en el Acta de la Reunión del Consejo Rector de 17 de diciembre de 2004 que, al igual que Loreto Aritz, tomó la palabra explicando los pasos que se siguieron, incluso con anterioridad a la aprobación del proyecto y para explicar las bondades del

proyecto así como la necesidad de que se llevara a cabo. Los acusados Epifanio Gómez y Loreto Ariz admitieron en fase instructora que fueron numerosas las reuniones a las que asistieron tanto en territorio español como en el extranjero junto a Manuel Parejo, Norberto Plasencia con Dominique Perrault para tratar cuestiones relacionadas con el proyecto, y a efectos de concretar los aspectos del Convenio que se iba a suscribir, y que a cambio de la autorización de la Dirección General de Costas para la ejecución del proyecto Fase II que suponía la invasión de dominio público, al Ayuntamiento tenía que ceder una serie de terrenos y renunciar a la concesión administrativa que tenía sobre la playa, debiendo proceder, además, a la modificación del deslinde.

Por lo que se refiere a la falta de imputación de los demás miembros con derecho a voto en el Consejo Rector que participaron en la reunión de dicho organismo de 17 de diciembre de 2004 y que igualmente votaron a favor del acuerdo, la posición de los mismos era radicalmente diferente a la de los concejales y técnicos contra los que se ha dirigido la acusación. Por un lado la Ley Reguladora de Base de Régimen Local (ley 7/85 de 2 de abril) en el Art. 78 establece que "los miembros de las corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de la misma que los hubiesen votado favorablemente." Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2013: "es indiferente a estos efectos que ninguno de los miembros del consejo presentes, realizara advertencias de posible ilegalidad, pues ello, no se aprecia que pudiera afectar al elemento del tipo subjetivo". Tales concejales carecían de competencia en materia urbanística teniendo encomendadas otras parcelas del gobierno local, ya que ellos llevaban sus áreas y en los temas de urbanismo participan cuando en el órgano de gobierno correspondiente se tomaban los acuerdos; en consecuencia los concejales no se interesaban sobre los expedientes o materias ajenas a sus respectivas parcelas de responsabilidad con carácter previo a las reuniones convocadas. El resto de concejales que, como miembros del Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo, participaron en la referida sesión, tanto pertenecieran al grupo de gobierno municipal como se integraran en el bando opositor al mismo no tenían encargadas áreas de gobierno relacionadas con el proyecto, limitándose a votar puntualmente a favor, pero sin que concurren indicios de su conocimiento acerca de las irregularidades que presentaba el acuerdo y, desde luego, tampoco intervinieron en modo alguno en las actuaciones posteriores igualmente irregulares que se fueron sucediendo. Se destaca en la sentencia apelada una primera e inmediata irregularidad: tal y como se recoge en el acta de la citada sesión de 17 de diciembre de 2004, (folios 3566 y siguientes, Tomo VII), se acordó comunicar únicamente al arquitecto Dominique Perrault la aprobación del proyecto, no acordándose comunicación o remisión alguna sobre el resultado de la sesión a la Dirección General de Costas

Alega por otro lado la ausencia de una ilegalidad grosera o manifiesta que permita subsumir la presunta actuación irregular en la tramitación del proyecto en el tipo penal. Así, la Dirección General de Costas había firmado con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife un Convenio de colaboración, con informe favorable de la Administración del Estado, de manera que el informe desfavorable emitido por aquel organismo con fecha de 22 de mayo de 2007 obedeció exclusivamente a la notificación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2007 por la que se anulaba la compraventa efectuada por dicho Ayuntamiento de parte de los terrenos, extremo que en todo caso resulta posterior a la resolución de 17 de diciembre de 2004. Incluso, con posterioridad a tal Sentencia, consta en su opinión acreditado que el Director General de Costas expresó en reunión mantenida el día 13 de febrero de 2008 ( folios 4.481 y siguientes de las actuaciones) la “voluntad política de seguir adelante en el mencionado proyecto por considerarlo de interés público”. Sostiene que en todo caso la actuación de la Gerencia de Municipal de Urbanismo debe enmarcarse en el marco de actuación concertada entre las diversas administraciones públicas con competencias en relación con la playa de las Teresitas y su entorno. Considera así significativo que el interventor delegado, D. José Luis Roca Gironés, presente en la Junta de 17 de diciembre de 2004, no efectuara alegación alguna en la sesión tal y como resulta del Acta de la misma. Las objeciones que formula en su informe de 9 de noviembre de 2005 no determinan sin embargo un reparo definitivo al proyecto, y en todo caso fueron corregidas por el Servicio de Obras. Por ello, tras la subsanación de los reparos, se emitió con fecha de 22 de octubre de 2007 informe favorable para el gasto, firmándose por el ahora apelante orden de retención del crédito ( folio 2048 de la causa).

Dichas argumentaciones, pese a incluirse en la impugnación genérica relativa a la infracción del principio de presunción de inocencia, parecen más propiamente incardinables en el apartado relativo a la discutida subsunción de los hechos en el tipo penal descrito en el artículo 320.2 del Código Penal. Por consiguiente, y dejando para más adelante el análisis y valoración de los acuerdos del organismo presidido por el apelante, corresponde ahora examinar la valoración que se realiza por la juzgadora sobre la responsabilidad del acusado. A este respecto, es tenido en cuenta por la resolución apelada que la intervención de D. Manuel Parejo Alfonso no se limitó a procurar la aprobación por el organismo que presidía de un proyecto no ajustado a la legalidad, sino que realizó numerosas actuaciones tendentes a la realización del mismo pese a las objeciones que se iban poniendo de manifiesto ( informes negativos de la Intervención Delegada, anulación por el Tribunal Supremo del contrato de compraventa de los terrenos, notificación de la apertura de un expediente administrativo de deslinde, ...): presidió la sesión del Consejo Rector de 10 de noviembre de 2005 en la que se acordó la aprobación del expediente de contratación y pliego de cláusulas administrativas, votando a favor en su doble condición de Concejal de Urbanismo y Consejero director de La Gerencia Municipal de Urbanismo; presidió la sesión del

Consejo Rector de 14 de octubre de 2006 en la que se acordó el pliego de condiciones económico administrativas que debían regir el procedimiento de adjudicación de las obras por concurso público abierto, votando a favor en su doble condición de Concejal de Urbanismo y Consejero director de La Gerencia Municipal de Urbanismo; presidió la constitución de la mesa de contratación, y el acto de apertura de pliegos, en su doble condición de Concejal de Urbanismo y Consejero director de La Gerencia Municipal de Urbanismo; presidió la sesión de 8 de junio de 2006 en la que se acordó aprobar la adjudicación de las obras a la entidad OHL S. A, votando a favor en su doble condición de Concejal de Urbanismo y Consejero director de La Gerencia Municipal de Urbanismo; firmó del contrato con fecha de 13 de julio de 2006 con la empresa constructora, en representación de La Gerencia, en su doble condición de Concejal de Urbanismo y Consejero director de La Gerencia Municipal de Urbanismo; presidió la sesión del Consejo Rector de 13 de abril de 2007 en la que se acordó aprobar la realización por parte del arquitecto Dominique Perrault del modificado nº 1, votando a favor en su doble condición de Concejal de Urbanismo y Consejero director de La Gerencia Municipal de Urbanismo; y estuvo presente como miembro del grupo de gobierno municipal, votando a favor en la sesión del Consejo Rector de 29 de octubre de 2007 que aprobó dicho proyecto modificado nº 1 en su doble condición de Concejal de Urbanismo y Consejero director de La Gerencia Municipal de Urbanismo.

Queda fuera del objeto del presente pleito entrar a enjuiciar si se trata de actuaciones que por sí mismas pudieran ser susceptibles de incardinarse en el tipo penal de prevaricación, pero en todo caso revelan la evidente implicación del acusado al tiempo que descartan su pretendida ignorancia o conocimiento meramente “político” respecto del proyecto y su modificado nº 1 aprobados respectivamente en las sesiones del Consejo Rector de 13 de diciembre de 2004 y 29 de octubre de 2007. Baste con señalar que los acuerdos alcanzados en tales sesiones merecen la consideración de resoluciones administrativas a efectos del tipo penal. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 787/2013, de 23 de octubre, con citación de otras, el concepto de resolución administrativa no está sujeto, a nuestros efectos prejudiciales debemos añadir, a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite (vgr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva.

El motivo de impugnación, pues, debe ser rechazado.

Por lo que se refiere a la vulneración del principio “in dubio pro reo”, la significación de este principio en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (STS. 15.5.93 y 30.10.95) por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LECrim., llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de un bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones inculpativas llevadas a la resolución. Como precisa la STS. 27.4.98 el principio "in dubio pro reo", no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido inculpativo, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

En definitiva, a pesar de la íntima relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio in dubio pro reo solo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia. Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter inculpativo de las pruebas practicadas (ssTS. 1.3.93, 5.12.2000, 20.3.2002, 18.1.2002, 25.4.2003). Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas -como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por el directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que solo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de los denunciados cual acontece en el caso que nos ocupa.

SEXTO.- Igual suerte desestimatoria debe correr la impugnación relativa a la inexistencia del elemento objetivo e indebida aplicación del delito del 320 CP. Se alega la ausencia de una infracción grosera que permita otorgar relevancia penal a las resoluciones enjuiciadas, dado el carácter complejo de la actuación desarrollada en el contexto de un convenio de colaboración pendiente de ser firmado, de las actuaciones

que precedieron a los hechos en las que se encontraban involucradas diversas administraciones, y que se remontan a tiempo pretéritos, excusando al acusado no intervenir en el año 1998. Defiende la adecuación del proyecto por estar basado en la realidad de un nuevo planeamiento urbanístico que justamente fue aprobado para legitimarlo, con la anuencia de Costas, (aprobación de Modificación Puntual PGO aprobado por la COTMAC el 6-10-2003, BOC 23-8-2004 y aprobada definitivamente el 20.-12-2004), reiterando la idea de que se trataba de un proyecto de conjunto o de todo el frente de la playa que gozaba de la aprobación de Costas. Se aduce que el Ministerio de Medio Ambiente declaró la innecesaria la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). En cuanto a los reparos del interventor, si bien admite que efectivamente se pudo producir una vulneración de la normativa contractual esta no era definitiva, pues eran reparos condicionales que se fueron subsanando.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 18/2014, 23 de enero, con citación de otras muchas, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines ( art. 103 CE ). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas. El delito de prevaricación, por otro lado, no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos-límite, en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona.

La prevaricación urbanística prevista en el art. 320.2 del Código Penal no es sino una especialidad del delito más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público, que en un Estado de Derecho y democrático como es el nuestro no puede utilizarse de forma arbitraria ni aun con el pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo por el contrario ejercerse siempre de conformidad con las Leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio. Por esto la

perpetración de este delito requiere, como cualquier otra prevaricación, de los siguientes elementos, explicados en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo:

A) Que una Autoridad o funcionario público dicte en asunto administrativo una resolución, que como dice la Sentencia de 14 de noviembre de 1995 es cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados ( Sentencia de 26 de febrero de 1992 ), es decir, cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral ( Sentencia 346/1994, de 21 de febrero ).

B) Que la resolución sea «injusta»; o como dice el vigente Código Penal de 1995 en el art. 404, «arbitraria»; es decir, no adecuada a la legalidad, tanto si se trata de actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional -desviación de poder- ( Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981 ). No basta cualquier ilegalidad, sino que según reiterada doctrina de esta Sala tiene que tratarse de «una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho» ( Sentencias de 10 de mayo de 1993, 21 de febrero y 10 de noviembre de 1994, 25 de marzo y 20 de abril de 1995, 7 de febrero, 3 de marzo y 23 de abril de 1997 ) Concretamente como ha declarado la Sentencia de 14 de noviembre de 1995 la «injusticia» que tal actuación administrativa proclama «puede venir referida en la absoluta falta de competencia del inculpaado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la Resolución de modo que ésta implique un torcimiento del Derecho» ( Sentencias de 20 de abril de 1995, de 24 de abril de 1988, 17 de septiembre de 1990, 10 de abril y 10 de diciembre de 1992, y 21 de febrero de 1994 ).

A este respecto es de mencionar por su importancia la [sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 31 de octubre de 2003](#), la cual recuerda que el artículo 320.1 del [Código Penal](#) tipifica una figura especial de la prevaricación, cuya previsión independiente se justifica precisamente por las características que le separan del referido artículo 404 y que, esencialmente, es, en primer lugar, la de la especialidad de la materia a la que se refiere, que no es otra que la de la información favorable o concesión de licencias urbanísticas.

Ha dicho respecto de la arbitrariedad la STS 743/2013, de 11 de octubre, con citación de otras muchas, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley

basada en cánones Interpretativos admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. Las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la intervención del derecho penal, que quedará así restringida a los casos más graves.

En el caso de autos, resulta evidente que la aprobación del Proyecto en la sesión del Consejo Rector de 17 de diciembre de 2004 supuso una actuación arbitraria, groseramente contraria a la legalidad, tendente a materializar una actuación urbanística prescindiendo de las normas vigentes y de las autorizaciones pertinentes.

Se prescindió en primer lugar con carácter previo del preceptivo informe de impacto ambiental. La innecesariedad de someter el proyecto FASE I, el cual debería ser desarrollado por Costas, fue objeto de un pronunciamiento expreso del órgano ambiental de la administración estatal, en atención a la menor entidad y por exclusiva aplicación de la ley estatal sin adentrarse en la normativa de la CCAA autónoma, que cuenta con su propia ley territorial de impacto, cuya aplicación al proyecto de obras municipales correspondía exclusivamente al órgano ambiental de la CCAA, tal y como fue advertido por la administración estatal en la respuesta antes citada al requerimiento de informe por parte de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

Se prescindió en segundo lugar del necesario sometimiento del proyecto ejecutivo de ordenación al período de información pública. El recurrente alega el cumplimiento del citado trámite alegando que el proyecto en su conjunto fue oportunamente anunciado y sometido a información pública por la Demarcación de Costas. Sin embargo, mientras el denominado proyecto FASE I, con un presupuesto 15.573,049 EUROS, por tanto notoriamente inferior, fue sometido oportunamente al período de información pública mediante anuncio en el BOE, por el contrario, de este trámite se prescindió por la Gerencia Municipal de Urbanismo respecto de la denominada Fase II. El pertinente anuncio en el BOP y BOC hubiera podido conocer y examinar la corrección o incorrección del acuerdo aprobado. De esta manera, sólo una vez comenzada la ejecución de las obras se presentó denuncia por la asociación ATAN, determinado que la Demarcación de Costas en el mes de diciembre de 2007 requiriera el cese de las obras al consistorio por carecer de título habilitante.

Tales omisiones procedimentales resultan relevantes para caracterizar la arbitrariedad exigida por el tipo penal. Cuando se trata de infracciones del procedimiento, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo señaló en su sentencia nº 743/2013, de 11 de octubre, que la Jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se incumplen o bien porque son sustituidos

por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales; y aquí, según lo ya expuesto, lo fueron sin duda, incumpléndose la regulación administrativa de la contratación de las Administraciones Públicas y vulnerando con ello, la apariencia de objetividad e imparcialidad que ha regir la actuación de la Administración en estos procesos de decisión.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 18/2014, de 13 de enero insiste en que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho. Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.

En esta misma línea, y respecto a la importancia del procedimiento administrativo, añade la Sentencia del Tribunal Supremo 743/2013, de 11 de octubre, que el mismo, por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución.

Por la parte recurrente se tacha a la sentencia de imprecisa a la hora de abordar los informes que han faltado dado que no invoca ni una sola norma incumplida. Tal objeción carece de consistencia. En la resolución apelada se recoge minuciosamente, analizando la documental incorporada a las actuaciones, que la Intervención Delegada emitió hasta cinco informes formulando reparos: Informe de fecha 9 de noviembre de 2005 (folio 1703, Tomo V); Informe de fecha de 14 de marzo de 2006 (folio 1802 y siguientes, tomo V); Informe de fecha 19 de mayo de 2006 (folio 1844, Tomo V); Informe de fecha 21 de agosto de 2006 (1934 y siguientes, Tomo V); Informe de fecha 29 de diciembre de 2006 (1955, tomo V). Se detallan los reparos formulados, así como las reacciones o intentos por parte de los acusados tendentes a conseguir el levantamiento de los mismos mediante actos o resoluciones meramente formales.

SÉPTIMO.- Se alega a continuación por la representación del apelante la inexistencia del elemento objetivo que define el tipo descrito en el artículo 319.1 del Código Penal.

Tal motivo impugnatorio comienza afirmando que no concurre en el acusado la condición de promotor que exige el tipo penal para el sujeto activo de la infracción, pues en tal posición cabría únicamente colocar al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, atreviéndose a tildar de error indisculpable la imputación. La resolución apelada ya rebatió acertadamente esta línea de defensa. Basta con reiterar que se trata de una cuestión ya resuelta, y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, se pronunció en un asunto similar al aquí enjuiciado. El allí recurrente citaba varias resoluciones de las Audiencias Provinciales; que la redacción del artículo se refiere a constructores o promotores y no indiscriminadamente al que construya o al que promueva y que constitucionalmente está prohibida la analogía in malam partem y la interpretación extensiva perjudicial para el reo; que el Consejo General del Poder Judicial y la tramitación parlamentaria, como precedentes legislativos, revelan que la voluntad del legislador era restringir a los profesionales la esfera de los sujetos activos; que esa restricción es consecuencia del principio de intervención mínima, y sólo al profesional le es especialmente reprochable la conducta más grave de no fijar la atención en la legislación urbanística en el caso concreto o de actuar con indiferencia a ella, únicamente el profesional es considerado sujeto idóneo para cumplir el deber especial.

Ante esas argumentaciones, debe considerarse que el Tribunal Supremo ha establecido en su sentencia de 27 de noviembre de 2009, por la que se confirma vía casación la condena por este tipo penal a un Alcalde como autor por la construcción de una vivienda en terreno de su propiedad así como al Jefe del Área de Urbanismo del Ayuntamiento como colaborador necesario por colaborar informando favorablemente para que el Alcalde construya vivienda en suelo rústico, que “debemos resaltar que, en el supuesto que nos ocupa, no nos hallamos ante una persona no cualificada respecto a las tareas de ordenación territorial sino ante quien promueve la obra estando fuertemente imbricado en aquellas tareas como miembro de una corporación local. Sin necesidad de aseverar que la jurisprudencia tenga una fuerza vinculante más que leve, no cabe, atendida la solidez de los razonamientos, despreciar la doctrina consolidada de esta Sala acerca de la cuestión que nos ocupa. Así la sentencia del [14/5/2003](#), citando la del [26.6.2001](#), señala que la legislación se limita a tomar la figura del "promotor" de la realidad preexistente; no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que, en el ámbito del art. 319.2 (igualmente cabe decir en el campo del art. 319.1 ) "será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación". Por

consiguiente, la labor de impulso del acusado de las obras comenzadas a realizar por la corporación municipal permite sin género de duda atribuirle la condición de sujeto activo del tipo penal mencionado.

Seguidamente la parte apelante defiende la cualidad de autorizada de las obras, arguyendo que la promoción de la obra concreta de que se trata es con toda evidencia y sin ninguna duda, del municipio, actuando por encomienda de la Administración autonómica e insular, al tratarse de una obra pública y por lo menos también de la CCAA, por lo que no precisaba de autorización urbanística o sectorial conforme al Art 166.4 TR”. Se aduce igualmente que si existe un proyecto autorizado como acto legitimador, se eliminarían los elementos del tipo respecto de los sujetos intervinientes, de modo que la existencia de autorización, con independencia del juicio de legalidad que nos merezca, impide la aplicación del tipo. En última instancia, se sostiene que al tratarse de una obra de interés general requiere sólo autorización de Costas, la que obtuvo por resolución de 6-2-2006, notificada en abril del mismo año al Ayuntamiento.

Ha de rechazarse esta línea de defensa, pues evidentemente no cabe amparar la actuación de los acusados, y en concreto del apelante, en la realización de las obras por el previo dictado de una resolución injusta que desde luego no supuso habilitación alguna del contenido del proyecto aprobado. Por otra parte, no cabe hablar de una autorización implícita que revela un propósito común de las diferentes administraciones: la suscripción de un Convenio de fecha 20 de septiembre de 2005 entre la Consejería de Turismo del Gobierno de Canarias, el Cabildo Insular de Tenerife y el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife para la encomienda de gestión al Ayuntamiento de la actuación en la Playa de Las Teresitas. Como dice la sentencia: “esto no fue lo que indicó, durante el plenario, el testigo Sebastián Jesús Ledesma, entonces Director General de Infraestructuras Turísticas. El testigo fue claro cuando advirtió que a través de dicho convenio se otorgó al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife una encomienda de actuación que, a diferencia de la encomienda de obra, implicaba que sería el Ayuntamiento quien tenía que tramitar, aprobar e impulsar el proyecto ajustándose a la legalidad vigente, siento así que la fiscalización del Gobierno de Canarias era a los solos efectos de comprobar que la financiación que asumía la administración autonómica iba destinada a la obra. El Gobierno de Canarias no aprobaba el proyecto y la firma del Convenio de septiembre de 2005, en ningún caso, implicaba que el Ayuntamiento no solicitara ni obtuviera las autorizaciones pertinentes para llevar a cabo el proyecto”.

Plantea finalmente la no concurrencia de los elementos del tipo por la localización efectiva de la obra, sosteniendo que los terrenos sobre los que se asentaría no ostentan la naturaleza de dominio público por haber perdido las características por

los que debían incluirse dentro el dominio público marítimo terrestre, si bien reconoce que en la fecha de los hechos su inclusión resultaría imperativa por aplicación del Art 4.5 Ley de Costas. Añade el recurrente que se trata de una cuestión resuelta con el nuevo deslinde aprobado en el año 2009, y que en otro caso la cuestión del deslinde no es clara así como que con la obra ejecutada no se produce invasión.

Efectivamente, la obra ejecutada no invadió dominio público marítimo terrestre, debiendo estarse, como se estudiará más adelante en esta resolución, al estado de la misma en el momento de paralización de los trabajos, por lo que a efectos del delito contra la ordenación del territorio resulta estéril la discusión sobre si el nuevo deslinde supondría o no modificación de del deslinde anterior, vigente desde el año 1961, aprobado por Orden Municipal de 3 de marzo de ese año, pues corresponde únicamente determinar si la construcción o edificación realizada, atendida a la naturaleza de los terrenos en los que se asentó, era o no autorizable, y si dichos terrenos tenían la consideración de especial protección a tenor de lo exigido por el apartado primero del artículo 319 del Código Penal, cuestiones ambas que serán examinadas más adelante por claridad expositiva.

OCTAVO.- En el motivo séptimo del recurso interpuesto se vuelve a mostrar disconformidad con la valoración efectuada en la sentencia en relación con la prueba pericial practicada, y los principios in dubio pro reo y de intervención mínima del derecho penal. Separa en dos bloques las pruebas periciales De una parte, las practicadas por Juan Antonio Troya Martínez, de la Demarcación de Costas, y Manuel Estévez Barrios, técnico de mismo servicio, José A. Melián López, técnico de la Dirección General de Urbanismo de la Consejería, Damián Quero Castanys, Josefina Molina Martín Limiñana, jefa de servicio Demarcación de Costas, “todos los que concluyeron que el proyecto era o totalmente legal, ajustándose al planeamiento, o era legalizable”. De otra parte, la pericial de los técnicos A.P.M.U.N. alegando que también estos reconocieron que aunque el proyecto no se ajusta a la legalidad, es una interpretación normativa pero no excluyente en cuanto a la de los otros expertos.

No obstante, la resolución de instancia analizó pormenorizadamente los diversos informes periciales obrantes en la causa, ratificados en el acto del plenario por los peritos que los elaboraron, decantándose por las conclusiones alcanzadas por los técnicos de APMUN, D. Carlos Lamas y D. Carlos González de Ara. Así, dijeron los técnicos de la A.P.M.U.N, que el proyecto incumplía la normativa del PGO y su modificación puntual en materia de OCUPACIÓN Y EDIFICABILIDAD de la parcela A2a, donde, según a la ficha LA6 del PGO y modificación, se iba a ubicar la edificación de aparcamientos.

“La actuación de ordenación territorial que debía desarrollar el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife contemplaba como primeras operaciones, el desmonte y derribo de toda construcción existente, concretamente, la eliminación total del campo de fútbol y la Cofradía de Pescadores, y proyectaba dos importantes intervenciones a llevar a cabo en cabeza y final de playa, donde se preveía la ejecución de edificaciones. Así en la zona denominada “Cabeza de Playa”, de un edificio destinado a aparcamiento, (272 plazas), y locales comerciales que contemplaba una planta sótano y una planta sobre la rasante natural del terreno, en un ámbito que ocuparía, en su cara frente a la playa, tanto la servidumbre de protección marítimo terrestre, servidumbre de tránsito, así como 1223 metros cuadrados de Dominio Público Marítimo Terrestre; proyectándose que uno de los locales de aproximadamente 200 metros cuadrados de uso inespecífico, se asentara en dominio público marítimo terrestre. El resto del proyecto, playa, hasta el espigón, transcurría en su totalidad por Dominio Público.

En la zona de final de playa, contemplaba la construcción de una plataforma bajo la cual, se preveía la instalación de diferentes servicios, sin especificar, y que culminaba con un graderío integrado en la ladera de la montaña, que igualmente ocupaba los citados bienes demaniales, según el deslinde de Dominio Público Marítimo y Terrestre vigente entonces, aprobado por la Orden Municipal de 3 de de marzo de 1961. Sobre este extremo depusieron los peritos y así se recoge expresamente en la propia memoria del proyecto aprobado, todo lo cual aparece debidamente analizado y valorado en la sentencia.

Afirma la defensa que no cabe calificar de construcción un aparcamiento parcialmente ubicado en la zona de servidumbre de protección. Pese a ello, como dijeron los peritos, la edificación de cabeza de playa excede con mucho de un parking subterráneo: tenía al menos dos fachadas: uno de ellas, invasiva, de cara a la playa, dispuesta como zona de locales comerciales sin uso específico, la otra hacia el barranco, con locales sin especificar. La edificación se expandía sobrepasando los límites de la parcela con invasión de servidumbre de protección, que sí resultó afectada, servidumbre de tránsito y dominio público.

Finalmente sostiene el apelante que la parte de obra proyectada que afecta al Dominio Público Marítimo Terrestre no ha sido ejecutada, y por tanto, no puede ser motivo de imputación al amparo del Art 319.1 CP así como que la no firma del Convenio por cuestiones ajenas a la legalidad urbanística, la anulación del contrato de compraventa de los terrenos, no puede incidir en los hechos.

A este respecto, D. Juan Antonio Troya y D. Carlos González, responsables de la Demarcación de Costas de Santa Cruz de Tenerife, además de declarar que dicho organismo había desechado definitivamente esta actuación por causas sobrevenidas que

han impedido la firma del convenio, precisando que tanto el edificio de aparcamientos de “cabeza de playa” como la estructura de “final de playa”, tenían proyectados zonas y locales “sin uso definido”, lo que hubiera impedido que La Dirección General de Costas concediera la preceptiva autorización para ocupar bienes demaniales. Conforme a los Hechos Probados de la sentencia apelada, las obras ejecutadas son las siguientes: movimientos de tierra y acopio en zona final de Playa, y en cabecera de Playa, se ha levantado parcialmente la estructura del edificio de aparcamientos y locales comerciales, siendo la superficie de ocupación de 4000 metros cuadrados en planta sótano, y 5690 metros cuadrados en planta baja, habiéndose ocupado Servidumbre de Protección Marítimo Terrestre en unos 6,5 a 7 metros cuadrados de fondo y 60 metros cuadrados de frente, lo que hace una superficie total de 420 metros cuadrados”. Por consiguiente, la parte de obra ejecutada no es autorizable, atendiendo a los parámetros normativos aplicables en el momento de su realización, sin perjuicio de examinar más adelante, como se ha anunciado, si procede su incardinación en el apartado primero o segundo del artículo 319 del Código Penal.

En cuanto a la naturaleza de la obra realizada, debe sentarse que no toda construcción sería una edificación, pues esta viene siendo identificada como “toda obra de fábrica construida para habitación o usos análogos”. Cabe entender, en esta línea, por construcción, la ejecución de toda obra artificial que modifique la naturaleza de un terreno, añadiendo elementos físicos permanentes. En cuanto a la edificación u obra de nueva planta, se trata de una construcción que materializa un aprovechamiento objeto de regulación urbanística, cerrada y con techo”. De este modo, se estima que cuando el legislador habla de construcciones se está refiriendo a toda clase de obras constructivas y cuando utiliza la palabra edificaciones se refiere a edificaciones características del suelo urbano, como un bloque de pisos, una vivienda familiar, una nave industrial o un supermercado, de manera que determinadas construcciones que no constituyan edificaciones no serán delictivas en suelo no urbanizable. En el caso de autos, la obra realizada, que comprende la estructura del edificio de aparcamientos con previsión además de locales comerciales, merece desde luego la calificación de edificación.

Por lo que se refiere al principio de intervención mínima, El principio de intervención mínima del derecho penal, pese a configurar prioritariamente un mandato dirigido al legislador, subyace en el ordenamiento punitivo y constituye uno de sus principios inspiradores, lleva a la protección únicamente de los bienes jurídicos más importantes para el orden social y frente a los ataques que deban tenerse como de mayor envergadura y trascendencia, de manera que las conductas que afronten dichos bienes pericialmente protegidos deben ser suficientemente relevantes, ya que el derecho penal sólo despliega sus efectos cuando la protección de los aludidos bienes jurídicos sea imposible o inadecuada a través de otros medios menos lesivos, el ordenamiento penal cumple así una función de carácter subsidiario y consiste en la “última ratio”

sancionadora (Sentencia del Tribunal Supremo 663/2005 de 23 de mayo ). Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos, o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social, pero también una tendencia en sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio. Como se dice en la sentencia de esta Sala 1.705/2001 , el medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional, puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el artículo 45.1 de la Norma Fundamental. La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de intervención mínima cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan. El citado artículo 45 de la Constitución Española , en su tercer párrafo, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la Ley establecería "sanciones penales o, en su caso, administrativas" para los que violen el medio ambiente (Sentencia del Tribunal Supremo 7/2002 de 19 de enero).

Sin embargo, el principio de intervención mínima sí debe ser un punto de partida para el intérprete en el entendimiento de que las infracciones administrativas descritas en la norma penal deben alcanzar "per se" un contenido de gravedad suficiente, lo que no será fácil decidir siempre. Desde esta perspectiva la reiteración o exasperación de las conductas atentatorias contra el bien jurídico protegido por la norma penal debe alcanzar entidad suficiente para justificar su aplicación (Sentencia del Tribunal Supremo 1.250/2001 de 26 de junio ). En el mismo sentido el Auto del Tribunal Constitucional núm. 395/2004 de 19 de octubre , refiriéndose al bien jurídico protegido por estos delitos concluye que el interés tutelado es preservar la regulación de la utilización del suelo, y tal regulación es un mandato dirigido a los poderes públicos que aparece expresamente previsto en el artículo 47 de la Constitución Española. Sin perjuicio de ello, además su tipificación no aparece dirigida a penalizar cualquier vulneración de aquella regulación, sino exclusivamente aquellas conductas referidas a intervenciones no autorizables y sobre suelos no urbanizables.

En cuanto a la pretendida infracción del principio in dubio pro reo, estése a lo ya resuelto en el Fundamento de Derecho Sexto.

NOVENO.- Con carácter subsidiario, se plantea por el apelante la vulneración del principio non bis in ídem al condenar simultáneamente por ambos delitos: Art. 319 y 320 CP.

El concurso entre la prevaricación y las consecuencias derivadas o anudadas a la ejecución de la decisión prevaricadora, ha dado lugar a un debate doctrinal que se ha tenido en cuenta en algunas resoluciones jurisprudenciales. En las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre de 1986 y 10 de Abril de 1992, se contemplan supuestos en los que la decisión prevaricadora ha ido seguida de un desalojo o demolición de una vivienda. En estos casos, se ha considerado que existía un concurso de normas, que producía la absorción de todo el desvalor del ordenamiento jurídico en el delito de prevaricación, llegando a considerar que, la demolición del edificio, no eran daños adicionales, sino secuelas civiles de la prevaricación. Sin embargo en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1996, que aborda una doble condena por cohecho y prevaricación, considera que no ha existido vulneración del "ne bis in idem". Establece como doctrina que la recepción de dinero por abstenerse de vigilar, es antecedente de la efectiva dejación de funciones que permitió que se llevaran el tabaco almacenado. Considera que ambas conductas son perfectamente separables y cada una de ellas merece su propia sanción.

En relación con las situaciones concursales que pueden plantearse entre el tipo genérico de prevaricación y los resultados delictivos de las resoluciones injustas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 septiembre de 2013 entendió que “deben examinarse todas las variantes posibles, según el texto punitivo, desde la concurrencia de normas, hasta las modalidades concursales de carácter real, ideal o medial. Esta cuestión tiene diversos precedentes en nuestra literatura jurisprudencial, lo que nos obliga a ponderar todas las tesis manejables, desde el punto de vista doctrinal y legal para buscar las que mejor solucionen el conflicto, que se nos presenta. Para enfrentarnos a este dilema debemos partir, por razones lógicas y sistemáticas, del tipo penal que constituye el inicio de la vulneración de los derechos y bienes jurídicos tutelados. No cabe duda que la agresión al medio ambiente tiene su origen en una conducta, que hemos estimado prevaricadora y que tiene entidad propia e independiente, sin perjuicio de su conexión con la prevaricación genérica del funcionario, que se contempla en el actual artículo 404 del Código Penal. A consecuencia de esta decisión prevaricadora, se da vía libre para la realización de las conductas típicas que inciden de manera directa y con carácter autónomo, sobre otro bien jurídico protegido como es el medio ambiente, que tiene, a su vez, un rango constitucional. Desde este punto de vista, podemos aislar dos modalidades delictivas distintas, lo que descartaría los problemas y cuestiones derivadas de los conflictos de normas que confluyen sobre una determinada conducta. En términos más sencillos, podemos afirmar que, se ha prevaricado y además se ha ocasionado un daño al medio ambiente que, de otra manera, no se hubiera producido. Es precisamente la conducta prevaricadora del funcionario, garante de la protección de ambos bienes jurídicos, la que, que con su actuación dolosa, da vía libre a la producción del riesgo o daño”.

Sobre la punición por los dos tipos penales objeto de condena en la resolución apelada, ha tenido ocasión de pronunciarse ampliamente el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 27 de noviembre de 2009, de la cual por su interés se reproducen los siguientes párrafos: “que el art. 320 no tipifica una mera irregularidad administrativa o la contrariedad a la norma urbanística, pues resulta esencial que la conducta ponga en peligro el bien jurídico protegido, la ordenación del territorio, no exclusivamente la normativa sobre esa ordenación; que no se informó favorablemente la construcción de una vivienda familiar y la decisión administrativa adoptada por la Comisión de Gobierno fue conceder licencia para la construcción del almacén agrícola, que no contravenía la normativa urbanística, constando que el suelo afectado permite la edificación para uso agrario; que las irregularidades fueron puramente formales.

Ciertamente que la prevaricación, especial por urbanística, que sanciona el art. 320 CP exige una injusticia en la conducta consistente en la puesta en peligro de la ordenación del territorio. Mas tal elemento normativo aparece reflejado en el factum que relata como secuencia sin soluciones de continuidad, dentro del plan unitario, la irregularidad en el informe, la consiguiente resolución administrativa y el final quebrantamiento de la ordenación territorial. (Véanse sobre los supuestos de tal secuencia unitaria la jurisprudencia en sentencias de [27/9/2004](#) y en las en ella citadas).

Por lo que atañe al invocado principio del non bis in ídem, que el TC entiende incluido en el de legalidad -sentencia [2/1981](#) TC-, y que se dice resultaría violado si fuera aplicado el art. 320 con el 319.1, no cabe desconocer que bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística no es sólo la ordenación del territorio sino también la administración pública, como en toda prevaricación administrativa”.

Por consiguiente, la aplicación del Art. 319 junto al 320 no encierra colisión con el principio non bis in ídem, por cuanto no se da coincidencia total de “desvalores” en bienes jurídicos protegidos; y tampoco se trata de mera progresión en el ataque a un solo y mismo bien penalmente tutelado. A lo sumo, en aplicación del art. 77, debe plantearse el posible concurso de delitos entre el 319 y el 320, al ser el segundo medio necesario para cometer el primero.

Si tomamos en consideración que toda la lesión a los bienes jurídicos protegidos tiene su origen y causa directa en la aprobación del convenio ilegal, estimamos que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal heterogéneo, ya que la acción delictiva se proyecta sobre dos bienes jurídicos protegidos. Serían de aplicación, por tanto, las reglas previstas en el artículo 77 del Código Penal, que nos lleva a considerar, a priori, la imposición, en la mitad superior, la pena correspondiente al delito que tenga fijada una sanción más elevada. Todo ello, sin perjuicio de buscar la fórmula más adecuada y

proporcionada, cuando sea posible llegar a una solución mas favorable para el reo, si se procede a penar por separado cada una de las infracciones constatadas.

En la resolución apelada se contiene una mención sucinta a la posible relación concursal entre los delitos enjuiciados, cuestión por otra parte que no fue alegada en ningún momento por las partes. Así, al examinar la posible prescripción del delito invocada por la defensa de D. Epifanio Gómez Sánchez considera que entre la emisión del informe que determina su responsabilidad criminal a título de autor conforme al artículo 320.1 del Código Penal y la realización de las obras ilegales que provocan su condena como cooperador necesario de un delito del artículo 319.1 del Código Penal existe una continuidad, si bien entiende que no cabe hablar en sentido jurídico de un concurso de delitos pues no se daría el requisito de la necesidad, reputando que el organismo municipal podía haber procedido a la ejecución de la obra por vías distintas ala aprobación del Proyecto.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1.999, en el art. 77 del C.P. se contemplan dos diferentes figuras de concurso de delitos con unas reglas especiales en orden a la imposición de las penas, distintas de las establecidas en los artículos anteriores para el concurso real, por un lado, el caso en que un solo hecho constituya dos o más delitos, el llamado propiamente concurso ideal, y por otro, el supuesto de que un delito sea medio necesario para cometer otro, que es por su naturaleza una modalidad de concurso real, al existir una pluralidad de acciones constitutivas de otros tantos delitos, pero que en la determinación de la penalidad, se asimila al concurso ideal, llamado en nuestra doctrina concurso medial o ideal impropio. Criticada por un importante sector doctrinal, parece que el fundamento de tal asimilación punitiva, de un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, se encuentra en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción.

Evidentemente, no basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la ley exige que sea necesaria, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron.

En conclusión para la existencia de concurso medial, no basta el propósito de una relación de medio a fin existente simplemente en el animo del sujeto, sino que entre los diversos hechos constitutivos de diferentes delitos ha de haber una conexión de carácter objetivo a deducir en cada supuesto de los distintos elementos concurrentes en

el caso, de modo tal que pueda decirse que uno de ellos fue imprescindible para la comisión del otro.

Postura esta en que inciden las sentencias de [297/2007 de 13.4](#) y 892/2008 de 26.12 , al señalar que se ha venido afirmando que la mera conexión instrumental entendida en clave subjetiva como preordenación de un delito a la realización de otro se reconoce insuficiente para colmar el presupuesto del concurso medial.

Es necesario contemplar la interconexión de los delitos también en clave objetiva. La Sala Segunda del Tribunal Supremo en términos generales nos dice que para que proceda la estimación del concurso instrumental no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad medial no ha de ser contemplada solamente desde el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino también al aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético negativo resulte que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el delito precedente pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad afectiva y no en el orden teleológico individual ( [SSTS. 172/98 de 14.2](#); [326/98 de 2.3](#), ).

Por consiguiente, no es suficiente con que las diversas acciones aparezcan concatenadas por un propósito delictivo previo, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales o espaciales.

En el caso de autos, tal ligazón parece clara, siendo uno de los argumentos utilizados en la resolución apelada para apoyar el carácter no meramente inicial o preliminar sino ejecutivo del proyecto aprobado en la sesión del Consejo Rector de 7 de diciembre de 2004 la inmediata sucesión de actos encaminados al comienzo y desarrollo de la obra proyectada. En orden a la necesidad de la aprobación para la realización de la obra, resulta difícilmente concebible que el organismo municipal a través del que se sirvieron los acusados pudiera emprender los diversos trámites encaminados a la realización de la obra sin la cobertura de un acuerdo del Consejo Rector. Por ello, debe considerarse que ambas infracciones penales se encuentran en el caso de autos en relación de concurso medial a los efectos penológicos del artículo 77 del Código Penal, como más adelante se hará referencia. Es decir, entre el primer delito de prevaricación urbanística, cometido con ocasión de la emisión de informes o de votos favorables al Proyecto aprobado en la sesión del Consejo Rector de la Gerencia de Urbanismo de 7 de diciembre de 2004 y el delito contra la ordenación del territorio existe una relación de concurso medial, quedando desde luego fuera de esa relación concursar el segundo delito de prevaricación urbanística, cometido con la emisión de informes o votos

favorables al Proyecto modificado nº 1, el cual no llegó a materializarse en ninguna actuación de edificación concreta.

DÉCIMO.- Se denuncia finalmente, y debe entenderse que con carácter subsidiario, la indebida aplicación del Art 319.3 CP, al acordarse sin motivación alguna la demolición de las obras, al margen de los criterios establecidos en la jurisprudencia y con quebranto del principio de proporcionalidad, interpretando de manera perjudicial para los acusados la declaración del actual Concejal de Urbanismo José Ángel Martín.

Concluye el recurrente apelando a los daños y perjuicios al interés público que esta decisión provoca, y se propone rebatir el acuerdo de demolición añadiendo que en fechas recientes el Ayuntamiento ha obtenido una autorización de la Demarcación de Costas para actuar en el barranco al que dan las obras enjuiciadas (Documentación aportada por el recurrente en segunda instancia y que ha sido inadmitida por el Auto de esta Sala de 9 de junio de 2014 ya citado).

Conforme al párrafo tercero del art. 319 "En cualquier caso los Jueces y Tribunales, motivadamente, podrán ordenar a cargo del autor del hecho la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe"; medida positiva y bien intencionada, aunque de difícil ejecución, como se ha demostrado con la norma homóloga administrativa (art. 38 de la Ley del Suelo).

Se trata de una facultad y no de una obligación, pues debe respetarse el principio de proporcionalidad y la posible congruencia de otros intereses, dignos de protección, tanto comunitarios como de terceros. La convicción generalizada de que si la decisión depende únicamente de la Administración las edificaciones ilegales nunca llegarán a ser derribadas, puede estar en la base de esta norma, que tiene también un fundamento de reparación del daño causado al interés colectivo, reponiendo la situación al estado anterior a cometer la infracción.

Señala la doctrina científica más autorizada ( Quintero Olivares ) que "en este delito el derribo de la obra es lo que tiene mayor eficacia contramotivadora y, por lo tanto, mayor fuerza de prevención general", por lo que sería "un grave retroceso" que por influencia de la jurisprudencia contencioso-administrativa que desaconseja la demolición cuando resulta "más gravosa" que la subsistencia de la obra, la efectividad de esta medida quedase anulada. En cualquier caso han de tenerse en consideración los problemas procesales. Cuando la demolición pueda afectar a los derechos de terceros, y sin perjuicio de las indemnizaciones reconocidas en el precepto –que deberá pagar el condenado y subsidiariamente la Administración, si procede dicha responsabilidad subsidiaria– es necesario que las acusaciones traigan a los terceros al proceso, pues nadie puede ser condenado sin ser oído .

La cuestión objeto de discusión fue claramente abordada por la [sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2.012](#) al determinar que : "La prescripción del art. 319,3º del [Código Penal](#) se inscribe en el contexto normativo de las responsabilidades civiles derivadas del delito, sin pérdida de esa naturaleza original; como resulta del doble dato de que las mismas son renunciables y tienen un carácter ultrapersonal, que permite que en las exigencias de reparación, puedan operar mecanismos de subsidiariedad que en el plano estrictamente penal serían ciertamente inconcebibles. En este sentido, es claro, la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con el art. 109 ss. CP relativos a la reparación del daño, susceptible de producirse personalmente por el culpable o culpables o a su costa.

La reparación del daño ocasionado por el delito, según resulta de los [arts. 109](#) , [110](#) y [112](#) del Código Penal , está prevista con carácter general. Algo plenamente dotado de sentido, ya que, de otro modo, la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley. Y tal debe ser, pues, la clave de lectura del precepto del art. 319,3º . Así las cosas, la reparación del daño, ahora en la forma de demolición de la construcción no autorizada, será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el [art. 109](#) CP . Por eso, el art. 319,3º CP no podría hacer meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario. De este modo, lo que resulta de una adecuada comprensión sistemática de aquella primera disposición y de las con ella concordantes en relación con esta última, es un marco de limitada discrecionalidad en la modulación por los tribunales de tal deber legal, a tenor de las particularidades del caso concreto, con un criterio de proporcionalidad. Es la única inteligencia razonable de la interacción de ambos vectores normativos, dirigida, tanto a evitar la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho, como la desmesura en las consecuencias representada, por ejemplo, por un eventual grave perjuicio para una colectividad, por la aplicación a ultranza del imperativo de que se trata en cualesquiera circunstancias".

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

Así, como ha señalado el Tribunal Supremo, sección primera de la Sala Segunda, en su sentencia de 22 de mayo de 2013, por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente

fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

Conforme a esta doctrina podrían incluso admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa, no siendo éste el supuesto que nos ocupa.

Recientemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sus [sentencias 529/2012, de 29 de junio](#) y [443/2013, de 22 de mayo](#) se establece, como principio general, que debe "estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio, unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora, para acordar la restauración del orden quebrantado"; teniendo en cuenta que "por regla general, no cabe otra forma de reparación de la legalidad alterada que la demolición de lo irregularmente construido, de modo que habrán de ser, en su caso, circunstancias excepcionales las que puedan llevar al tribunal a ejercer la facultad que se le atribuye en este apartado 3 del [artículo 319](#) CP ., en el sentido de no acordar la demolición, no para acordarla".

Se señalan en ese sentido como posibles excepciones "las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción"; pero se advierte de que "no puede extenderse esa última excepción a tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal, pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumiría un nuevo atentado a la colectividad [...], amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albur de posibles cambios futuros de criterio". "Fuera de esos casos", se concluye, "debe entenderse que la demolición es del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado", sin que obste a ello la degradación generalizada de la zona por la existencia de otras construcciones.

Debe asimismo señalarse que la disposición del apartado 3 del [artículo 319](#) del Código Penal rige no solo para los supuestos del apartado 1 del mismo artículo, sino también para los del apartado 2, como resulta de la cláusula inicial "en cualquier caso".

A tenor de lo expuesto, la decisión de la juzgadora de instancia de acordar la demolición de la obra ejecutada es correcta y consecuencia necesaria de la

gravedad de la lesión al bien jurídico protegido, la ordenación del territorio. Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo antes invocada núm. 443/2013 de 22 mayo, “tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa tal **demolición**; lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales **penales** y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección **penal**, cual es la histórica ineficacia de la administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del **territorio**”.

Parece, sin embargo, procedente efectuar una distinción. Por un lado, la demolición de aquella parte de la estructura del edificio inacabado que invade terreno comprendido dentro de la servidumbre de protección marítimo terrestre, unos 6,5 a 7 metros cuadrados de fondo y 60 metros cuadrados de frente, lo que hace una superficie total de 420 metros cuadrados, resulta no sólo proporcional y adecuada a las circunstancias del caso sino también ejemplarizante, debiendo ponerse de manifiesto que cualquier actuación ilegal que suponga afectación a esa zona carece de cualquier perspectiva de consolidación, evitando así el peligro que pudiera generarse por la aceptación a posteriori de una vía de hecho en un espacio tan sensible. Como señala la mentada sentencia del Tribunal Supremo 443/2013, de 22 de mayo, no puede extenderse la excepción de demolición a “tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal, pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumiría un nuevo atentado a la colectividad [...], amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albur de posibles cambios futuros de criterio”.

Sin embargo, el resto de la superficie de ocupación del total de 4000 metros cuadrados en planta sótano, y 5690 metros cuadrados en planta baja no ocupa suelo se asienta sobre terreno no comprendido en el dominio público marítimo terrestre ni en servidumbre de protección. No es necesario reiterar la grosera ilegalidad de las obras ejecutadas, pues como se ha dicho incumplían aspectos fundamentales en relación al PGO vigente. Según el informe emitido por los peritos Carlos Lamas y Carlos González, el edificio de aparcamientos y locales comerciales excedía los metros cuadrados de ocupación de la parcela A2a sobre la que debía erigirse. Igualmente, los peritos también llamaron la atención sobre el incumplimiento de alineación y rasantes del proyecto, que exigiría modificar el PGO en esta materia para ajustarla al proyecto aprobado. La sentencia de instancia valora para apoyar la decisión de derribo en la incertidumbre actual sobre el futuro del proyecto inicial y en concreto del edificio destinado a aparcamientos y locales comerciales. Durante el plenario, el actual Concejal de Urbanismo José Ángel Martín indicó que por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, a través del Pleno, se había acordado desistir de llevar a cabo las obras

contempladas en el Proyecto de Dominique Perrault, previendo que la ordenación del frente de la Playa se llevara a cabo a través de los correspondientes planes especiales y parciales, aun no elaborados, y que se aprobarán en el futuro. No obstante, esa manifestación ha de ponerse en relación con la documentación que obra en el expediente, constando que prosiguen las negociaciones y propuestas por parte de las diversas administraciones actuantes para abarcar una asunto pendiente como es el de la ordenación del frente de la Playa de las Teresitas, no resultando descartable que en un plazo más o menos cercano se elaboren nuevos convenios y proyectos de actuación relativos a la misma.

Por ello, parece adecuado acordar vía judicial la demolición total de la obra, entendiéndose que dicha demolición deba ser realizada y ejecutada por la propia corporación municipal a costa de los condenados en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que de manera excepcional pudiera en fase administrativa ponderarse, en necesario concierto con las demás administraciones competentes, el aprovechamiento de esa parte de la estructura en el marco de un nuevo proyecto que se ajustara a la legalidad vigente, y en todo caso de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Ordenación en materia de ocupación de la parcela, alineaciones y rasantes. Dado que en este supuesto extraordinario cabría la posibilidad de legalizar a posteriori esa parte de la estructura, cabría en fase de ejecución de sentencia dejarse judicialmente sin efecto la demolición de aquella parte de la construcción que no invade la servidumbre de protección. Es evidente que esta eventual modificación posterior no haría desaparecer el delito, pero podría valorarse la oportunidad de proceder o no a la efectiva demolición de esa parte de la obra para que, al cabo de un tiempo, pudiera volver a construirse lo mismo que se demolió.

En consecuencia, se desestima este motivo de impugnación, acordándose la demolición inmediata de la obra a costa de los condenados y por partes iguales de la estructura del edificio ejecutada en los términos expresados, es decir, dejando a salvo que en ejecución de sentencia pueda excepcionalmente dejarse sin efecto la demolición de la obra ilegal y únicamente respecto de aquella parte de la construcción que no haya invadido la servidumbre de protección, y ello si se acredita una modificación del planeamiento que haga innecesaria dicha **demolición al posibilitar la legalización de la obra.**

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE D. JOSÉ DOMINGO PASTOR

UNDÉCIMO.- El recurrente funda su primer motivo de impugnación en infracción del artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haber incurrido la sentencia del juzgado de lo penal en error de hecho en la apreciación de la prueba. Considera que no cabe reputar que el local previsto en el edificio de aparcamiento cuya estructura parcialmente se construyó estaba destinado a un uso inespecífico, puesto que se desprende claramente de la documentación gráfica acompañada al Proyecto que su función era de Sala de Máquinas, previéndose la instalación del bombeo necesario para el colector de saneamiento que requería la obra pactada con la Dirección General de Costas.

Sin embargo, la propia parte apelante reconoce que en el Proyecto aprobado se describía erróneamente dicho local como de “uso indefinido”. Se establece en el párrafo segundo de la memoria del Proyecto, tal y como se reproduce en el informe pericial del perito de la defensa D. Damián Quero y en los planos que la decisión futura de ese uso estaría sujeta inevitablemente al proyecto de actividades y licencia de actividad y autorización de la CCAA a través de los servicios de ordenación litoral de la Consejería de Política Territorial, y en tal sentido se pronuncio igualmente D. José A. Melián.

Afirma la defensa del apelante que la falta de autorización expresa era subsanable y la obra, por tanto, plenamente legalizable. Procede a un análisis de la situación del edificio en cabecera de playa y los parámetros urbanísticos a aplicar, abordando en profundidad la cuestión relativa a si el edificio de cabecera de playa se sitúa en la parcela A 2 a). El recurrente alude al perito Damián Quero, propuesto por esa representación, expresando que los usos a instalar en esa parcela que ocupa servidumbre de protección marítimo terrestre, habrán de justificar la prestación de servicios necesarios o conveniente para el uso del dominio público ( página 28 de su dictamen pericial), reconoce que en lo que atañe a los aparcamientos “el sótano se transforma en semisótano en la parte que se abre hacia la playa como consecuencia del desnivel existentes desde la arena hasta la rasante del puente y a la plaza mirador, de manera que “el proyecto genera una franja de locales de servicio con características de fachada hacia el mar” y añade “ el destino más que probable de estos locales, su uso, podrían ser restaurantes en sustitución de los chiringuitos a demoler, tal vez alguna tienda, pero es cuestión que se predetermina en el proyecto de urbanización. Distingue entre el parking y el edificio comercial en la parcela A2a que establece el plan general, separando por tanto, la normativa urbanística vigente en el documento de modificación del Plan General, de lo que contiene el proyecto al decir “el proyecto no hace uso de esa parcela A2a si no que el proyecto aprobado renunció a esa parcela edificable y en su lugar contempla un mirador, no sujeto a parámetros de la A2a (Pág. 11)

En relación con esta línea de argumentación debe descartarse que la fachada hacia el barranco no sea más que una junta constructiva, pues, con independencia de la función de carga que pueda desempeñar, evidentemente reviste el aspecto exterior de fachada. Por otro lado, carece de relevancia el que, como aduzca, sólo se haya ocupado en la zona de servidumbre de los 20 metros previstos “solamente entre 2 y 7 metros”, siendo por el contrario significativo que la propia defensa reconozca la invasión de esa zona.

Sostiene contra toda evidencia que, el proyecto aprobado tiene en realidad la naturaleza de proyecto de urbanización, no pudiendo calificarse como un proyecto de edificación a los fines de las aplicación del Art 320 CP. En apoyo de esa pretensión llega a afirmar que el edificio de aparcamiento que formaba parte del Proyecto de Urbanización no es otra cosa que una obra de infraestructura que subyace a la estructura urbana visible, un servicio público soterrado y que no altera esta realidad el hecho entre la playa y la rasante del viario que cubriría a ese aparcamiento, haga que una de sus paredes delimitadas, la del lado de la playa, alcance la condición de fachada donde irían los locales comerciales, y también fachada hacia el barranco, planteando como ejemplo los aparcamientos de la Plaza del Príncipe .Alega esta defensa que “la Sentencia se apoya en que es una “edificación” porque así se recoge en la memoria del Proyecto, pero obvia como a continuación se describe: se plantea como una gran alfombra, como un gran paseo huérfano de edificaciones en su superficie.....”, reseñando que la citada memoria del proyecto utiliza indistintamente términos como edificaciones, elementos de mobiliario urbano, pequeños locales y edificaciones, a los que llama pabellones en los plano y presupuesto general.

Frente a ello, resulta inequívoco que la construcción proyectada a la cabeza de playa no consistía en un mero aparcamiento subterráneo, por mucho que en el Proyecto se empleen términos enfáticos tales como “gran alfombra”, sino que se evidencia con los planos y con el resultado construido que, a pesar de que contara con nivel subterráneo, sobresalía nítidamente al exterior y a tal efecto se preveían elementos embellecedores o de adecuación al entorno. Por ello, la sentencia de instancia refleja que el Proyecto, en la zona denominada “Cabeza de Playa”, preveía un edificio destinado a aparcamiento, (272 plazas), y locales comerciales que contemplaba una planta sótano y una planta sobre la rasante natural del terreno, en un ámbito que ocuparía, en su cara frente a la playa, tanto la servidumbre de protección marítimo terrestre, servidumbre de tránsito, así como 1223 metros cuadrados de Dominio Público Marítimo Terrestre. A ello debe añadirse que en la zona de final de playa el Proyecto contemplaba la construcción de una plataforma bajo la cual, se preveía la instalación de diferentes servicios, sin especificar, y que culminaba con un graderío integrado en la ladera de la montaña, que igualmente ocupaba los citados bienes demaniales. Tales

previsiones determinan la calificación del proyecto inicial aprobado como un proyecto de edificación a los efectos del delito de prevaricación urbanística objeto de condena.

DUODÉCIMO.- La parte apelante alega la infracción de normas legales por falta de aplicación del principio de presunción de inocencia garantizado en el Art 24 CE y del principio in dubio pro reo.

Argumenta a este respecto que no se cuenta en el caso de autos con la prueba de cargo suficiente para dictar un fallo condenatorio, lo que es extensible al resto de los imputados, y en definitiva no cabe considerarse responsable criminalmente en concepto de autor de dos delitos de prevaricación urbanística al haber votado a favor en las sesiones del Consejo Rector de 17-12-2004 y aprobación del modificado Nº 1 en sesión del Consejo Rector de 29-10-2007, máxime cuando consta que en esta última D. José Domínguez Pastor ya no era Concejales del grupo de gobierno del Ayuntamiento.

Al igual que todos y cada uno de los recurrentes, se incide en que en 2004 el acusado votó a favor, en la condición de Concejales de Infraestructuras adscrito al área funcional de servicios territoriales, a cuyo frente se encontraba el consejero director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de quien dependía políticamente, al tratarse de una delegación específica subordinada al concejal del área sin poder dictar actos administrativos por imperativo de lo dispuesto en el Art 43 4 y 5 del Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, RD 2568/1986, que desde el 7-1-2005, pasó a ser Concejales de Vivienda y no vuelve a saber nada del expediente salvo cuando asiste a los consejos posteriores como concejal de otra área, por tanto, en las mismas condiciones que los concejales de otros grupos políticos que también votaron a favor, sin urdir ni participar en ninguna trama, participando en el Consejo como los demás, con los informes favorables de los técnicos municipales de la acusada Loreto Ariz y Candelaria Benítez, no existiendo en esas fechas reparo del interventor, y siendo que tras el primer informe de reparos de la intervención delegada ya no era Concejales de Infraestructuras.

Alega que tampoco se hizo advertencia por el Gerente ni por el Secretario Delegado que estuvieron presentes en el Consejo Rector que adoptó el acuerdo, por tanto, votó confiando en la legalidad, tratándose de una aprobación condicionada de un proyecto que por otra parte cumplía con la normativa aplicable. Concluye este motivo exponiendo que la última sesión a la que asistió José Domínguez Pastor se remonta al Consejo Rector de 13-4-2007, en la que intervino como simple Concejales, sesión que autorizó la redacción del proyecto modificado.

Tal supuesto desconocimiento de los detalles del Proyecto y tal supuesta intervención meramente pasiva como consecuencia de su integración reglamentaria en la Gerencia Municipal de Urbanismo quedan desvirtuadas por la prueba practicada. En su declaración ante el órgano judicial instructor (folios 4375 y siguientes, Tomo VIII) manifestó que fue La Gerencia de Urbanismo quien había interesado la redacción del

proyecto y, posteriormente, había solicitado informe del Servicio de Proyectos Urbanos, infraestructuras y obras que él dirigía. Por consiguiente, el apelante era responsable directo del servicio que, integrado en la Gerencia, inició y tramitó el expediente. Reconoció en sede instructora ser consciente de que el proyecto afectaba a la zona del dominio público marítimo terrestre y también afectaba a la servidumbre de protección y que conocía de la existencia del convenio entre Costas y el Ayuntamiento que no llegó a firmarse, admitiendo que tenía constancia de que para llevar a cabo el proyecto precisaba de dos autorizaciones, de la Administración del Estado y del Gobierno de Canarias. Por lo que se refiere a los dos únicos informes técnicos que acompañaron la aprobación del proyecto en diciembre de 2004 precisó que ignoraba la razón por la que el coacusado Epifanio Gómez Sánchez había emitido informe a pesar de que no formaba parte de su Servicio, desconociendo quién le había podido pedir que informase, añadiendo que suponía que, tal y como se desprendía del informe emitido por la coacusada Loreto Aritz Alonso, que la misma se ocupaba de los trámites. Sin embargo, dichos informes, al igual que el informe emitido por la jurista también acusada Candelaria Benítez Reyes eran manifiestamente insuficientes pues omitían la información básica y esencial para conocer de modo preciso si el proyecto cumplía o no con la normativa de ordenación territorial y urbanística aplicable y no hacían referencia alguna a la afección a bienes demaniales, extremos que no podían ser ignorados por el acusado en la condición que ostentaba.

La afirmación de que era necesaria una aprobación preliminar del Proyecto para, posteriormente, solicitar las autorizaciones pertinentes, contrasta con los términos del acuerdo adoptado y la sucesión de acontecimientos posteriores, e incluso ya al mismo tiempo que la aprobación del Proyecto, el acusado votó a favor del inicio del expediente de contratación. Igualmente, participó en las sesiones del Consejo Rector de 8 de junio de 2006 y de 22 de junio de 2006, votando a favor, produciéndose la adjudicación de las obras a favor de la entidad OHL. Al igual que los otros acusados, tuvo a la vista los reparos que de manera continua y reiterada formuló la Intervención Delegada del Ayuntamiento y que obran en el expediente tramitado, así como de los efectos que producían dichos reparos, pese a lo cual, continuó votando a favor en las distancias sesiones del Consejo Rector. Por consiguiente, existe prueba de cargo suficiente para tener por acreditado que el coacusado actuó de manera consciente y concertada con el resto de los apelantes para imponer su voluntad de aprobar y realizar el Proyecto pese a la inadecuación del mismo a las normas urbanísticas y a la grave omisión de los trámites reglamentados.

DECIMOTERCERO.- Con carácter alternativo se alega al amparo del Art 790.2 LECRIM, infracción del precepto legal, denunciado la aplicación indebida del Art 320.2 CP por no darse todos y cada unos de los elementos del tipo pena, por lo que procede la absolución de su defendido. Este motivo insiste en que el Proyecto inicial aprobado no es un Proyecto de

edificación, en la imposible aplicación del tipo del Art 319 CP toda vez que hubo una modificación puntual del planeamiento para ajustarlo o recoger las soluciones establecidas en el concurso internacional de ideas, en que cumple con PGOU y también con el PIOT .

Defiende la parte apelante que la Ley de Costas prevé la intervención de Costas en relación a las elaboraciones de los instrumentos de ordenación, pero no así respecto de los proyectos ejecutivo de desarrollo de urbanización (Art 117 a Ley de Costas), si bien a continuación reconoce la necesidad de autorización (Art 51.1 ley), si las obras afectan al dominio público, y en todo caso, conforme a los artículos 110,111 y 116 de la Ley de Costas y 84 del Reglamento, los proyectos de obras pública no necesitan autorización si no cooperación inter administrativa. Defiende que el proyecto no requería examen medioambiental porque así lo expuso el Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda interpuesta por la asociación ATAN contra el inicio de las obras en el seno del recurso contencioso administrativo 14/2007.

Frente a ello, debe sentarse la imposibilidad de que la corporación municipal por su sola iniciativa y sin recabar los correspondientes permisos y autorizaciones puede llevar a cabo las actuaciones contempladas en el Proyecto aprobado. Dada la ocupación de bienes demaniales, según el deslinde de Dominio Público Marítimo y Terrestre vigente entonces de 1961, para la ejecución del citado proyecto era preceptivo obtener autorización de la CCAA y COSTAS de conformidad con lo establecido en artículo 129 del RD 1471/1989 por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo de la Ley de Costas) y Dirección General de Costas por afección a Dominio Público Marítimo Terrestre, que ostentan poder de información y autorización, estando concretamente supeditado al régimen de autorizaciones que establece el artículo 31, 42, 51 y concordantes de la ley 22/1988, de 28 de julio, Protección, utilización y Policía de Costas para todo uso y actos de Edificación en bienes de Dominio Público Marítimo Terrestre, protegidos por la citada legislación sectorial, que en todo caso, sería obligatorio, con carácter previo, a solicitar y obtener las autorizaciones y concesiones que eran procedentes de conformidad con la legislación sectorial aplicable (artículo 166 LOTCENC)”.

Frente a lo postulado por el recurrente, la autorización por afección a los bienes no puede en ningún caso entenderse implícita en la actuación realizada por Costas. Se destaca por el contrario en la sentencia de instancia el radicalmente diferente comportamiento de esta administración en relación con el Proyecto que sería de su incumbencia. En el curso del expediente tramitado por Costas para la aprobación del proyecto ejecutivo FASE I, se sometió el procedimiento a una aprobación inicial, pronunciamiento del órgano ambiental sustantivo, al periodo de información pública, se obtuvo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife la preceptiva certificación acreditativa de la disponibilidad de los terrenos para la ejecución de las obras, y se procedió a su aprobación definitiva, ordenándose la

suspensión del mismo tan pronto se conoció la Sentencia del Tribunal Supremo que declaró contraria a derecho la compra venta llevada a cabo por el Ayuntamiento y unos particulares, de las parcelas necesarias para la ejecución de las obras, no llegando a iniciarse las mismas. En comparación con este proceder, el observado por la Gerencia Municipal de Urbanismo en relación con el Proyecto que según el borrador de Convenio debería ser de su incumbencia choca de manera frontal y grosera con la legalidad aplicable.

Plantea que, en todo caso, la iniciación de las obras sin esas autorizaciones serían tan solo irregularidades formales administrativas subsanables conforme a lo dispuesto en el artículo 67.4 de la LRJPAC. No cabe hablar a su entender de una infracción grosera de las normas urbanísticas o procedimentales que confiera relevancia penal a las posibles irregularidades o infracciones discutidas, pues en todo caso la ilegalidad devendría de una mera interpretación normativa efectuada por los técnicos de APMUN y que hace suya la resolución apelada. Estas argumentaciones se orientan a la impugnación de la condena por el delito contra la ordenación del territorio, examinándose en el siguiente apartado.

DECIMOCUARTO.- Al amparo del Art 790.2 LECRIM se alega como cuarto motivo de impugnación la infracción del precepto legal, por aplicación indebida del Art 319.1 y 3 del por no darse todos y cada unos de los elementos configuradores del tipo penal.

En este motivo reproduce cuestiones ya examinadas anteriormente en esta resolución. Como la consideración del edificio parcialmente realizado como de mera construcción, y así defiende que es una construcción de aparcamientos bajo rasante o espacio público, que no centro comercial ni edificio, ya que la normativa urbanística reserva esta denominación para las edificaciones que emergen de la rasante. Ha de estarse a lo ya resuelto.

Igualmente defiende el carácter legalizable de las obras La imposibilidad de legalización de las obras ejecutadas en el momento de su realización, momento en el que debe efectuarse tal examen a los efectos del tipo penal, es patente y manifiesta. Sin perjuicio de las infracciones groseras apuntadas en esta resolución, debe ponerse de manifiesto que por Resolución de la Dirección General de Costas de fecha 20 de febrero de 2006 se inició el expediente de deslinde de los Bienes de Dominio Público Marítimo Terrestre del tramo de costas correspondiente a la Playa de las Teresitas, y seguidamente La Demarcación de Costas de Tenerife dio el preceptivo traslado al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el 7 de abril de 2006, a los fines de requerir de informe, con las advertencias contenidas en el artículo 12.5 ley 22/1988, Protección, Utilización y Policía de costas y artículo 21 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, Reglamento General para el Desarrollo y Ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, es decir, la suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el Dominio Público Marítimo Terrestre y en su Servidumbre de

Protección en tanto se tramitaba el procedimiento. La obra se siguió realizando obviando ese impedimento desde luego no salvable.

Como alegación novedosa, apunta que el delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en el artículo 319 del Código Penal es un delito de mera actividad que ha de afectar a determinados terrenos, por lo que en todo caso no puede ser tenida en cuenta la parte de las obras no ejecutada, y Se apoya en el dato de que menos de un ocho por ciento de lo construido, de asumir las tesis de los técnicos de la APMUN, invadiría la servidumbre de protección, la cual no tiene la consideración de terreno de dominio público ni de terreno de especial protección.

El bien jurídico en los delitos contra la ordenación del territorio se analiza en la [sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2.012](#) en los siguientes términos: "Para la adecuada resolución del recurso conviene recordar que la disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la administración. En el urbanismo se encierra nada más y menos, que el equilibrio de los ciudades y de los núcleos de población en general y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al "habitat" de cada uno, que sin dejar de ser titular, de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. Con el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan".

Por ello el bien jurídico protegido en los delitos de urbanismo es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. De ahí que la [STS 363/2006 de 28 de marzo](#) precise que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la "normativa" sobre la ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia en el art. 319 y a la prevaricación administrativa, en el art. 320, sino que así como en el delito ecológico (art. 325) no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el delito "urbanístico" no se tutela la normativa urbanística -un valor formal o meramente instrumental- sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del medio orientada a los intereses generales" ( [arts. 45](#) y [47 CE](#)), es decir de utilización racional como recurso natural

limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados "intereses difusos", pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica - en mayor o menor medida - a toda una colectividad. Su protección - entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de la intervención de los Poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social democrático de derecho que consagra nuestra Constitución".

Por tanto, aun partiendo de la obra realmente ejecutada, la estructura inacabada del edificio invadía zona incluida dentro de la servidumbre de protección, por lo que desde luego la actuación del acusado en el seno de la corporación municipal se incardina plenamente en el delito contra la ordenación del territorio, produciéndose una lesión efectiva al bien jurídico protegido en el mismo anteriormente analizado, y ello con independencia, como luego se verá, de la incardinación de los hechos declarados probados no en el apartado primero sino en el segundo del artículo 319 del Código Penal.

DECIMOQUINTO.- Por último, la parte apelante pretende que se deje sin efecto, debe entenderse que con carácter subsidiario, la orden de demolición de lo construido, sosteniendo que la hipotética demolición de la parte del edificio construido e inacabado afectaría al interés público general, y es legalizable. Reitera que existe acto expreso de aprobación del Proyecto por Costas, habilitante para el conjunto de obras de 18-4-2006, que existe un convenio pendiente de ratificación, y en que en fechas recientes, por orden del Ministerio de Medio Ambiente de 13-11-2012 se otorga al Ayuntamiento la concesión de terrenos de dominio público necesarios para el proyecto de encauzamiento barranco y puente del barranco de El Cercado. Y por último, añade que "en todo caso, se trataría, de considerarse irregular el proyecto, de una cuestión de legalidad administrativa ordinaria que no justifica el desencadenamiento de la reacción penal",

Cuando el legislador introduce en el art. 319.2 la mención de que la edificación ilegal ha de ser "no autorizable" no se está refiriendo a la eventualidad de que en un futuro, más o menos incierto, pudiera modificarse la legalidad urbanística. Esta interpretación conduciría al absurdo, puesto que en el terreno de las hipótesis de trabajo toda calificación, incluso la declaración de especial protección es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la administración competente en materia urbanística, por lo que este elemento del tipo ha de referirse necesariamente a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, de modo que no basta que se haya levantado sin licencia y que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que es necesario que, además, sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y que, por ello, no hubiera sido posible su autorización. Esto conduce a penalizar

únicamente la ilegalidad urbanística de fondo, reservando para el ámbito de las infracciones administrativas la ilegalidad meramente formal de la falta de licencia."

La hipotética modificación normativa que permitiese legalizar esa construcción no incidiría en la legitimidad de la condena penal. Así lo recordaba el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 4 de mayo de 2013 : " aunque contásemos ya con ... una modificación de los instrumentos de planeamiento en virtud del ius variandi que habilitase el acceso a la legalidad urbanística de tal construcción, ni quedaría acreditada la inocencia, ni sería propiamente un recurso de revisión el cauce para intentar proyectar en los hechos esa vicisitud. Estaríamos en todo caso ante una eventual -y en este caso nada clara- aplicación retroactiva de la legislación extrapenal más beneficiosa que debería hacerse valer por otro medio diferente ( art. 2.2 CP ). En cualquier caso no sobra adelantar que el principio de retroactividad de las normas que completan las leyes penales en blanco en cuanto resulten favorables al reo tiene muchas matizaciones: incluso en ese eventual escenario futuro, sería más que discutible que la infracción penal desapareciese por efecto de esa posterior reforma de la normativa extrapenal.

Es cierto que todas las normas que integran el tipo penal de una u otra manera, en cuanto ayudan a delimitar la conducta prohibida por el Código Penal, tienen la consideración de normas penales. Rigen para ellas los mismos principios de interpretación y aplicación de las normas penales en sentido estricto, y entre ellos el principio de retroactividad en lo favorable, proclamado por el art. 2.2 CP . Las normas temporales escapan a ese principio. A semejanza de otros ordenamientos, se introduce esa importante matización, entre otras razones, para modular la retroactividad de las leyes extrapenales que inciden en la aplicación de la ley penal. Si son más beneficiosas, tendrán eficacia retroactiva ( STS de 25 de septiembre de 1985 ). Ahora bien, solo cuando esa nueva norma extrapenal suponga una valoración distinta de la conducta sancionada será predicable esa aplicación a hechos anteriores. En muchas ocasiones las modificaciones legislativas no implican una nueva valoración jurídica de los hechos por parte del legislador -razón última de la aplicación retroactiva de la legislación extrapenal-, sino puros cambios fácticos que afectan al supuesto de hecho regulado. Entonces, como se ha dicho "pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un individuo que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo... realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar... El comportamiento realizado en un momento anterior continúa estando desvalorado".

Esto sucede frecuentemente en los delitos contra la ordenación del territorio. Se refieren a las normas y condiciones vigentes y exigibles en el momento en que se lleva a cabo la acción. Que posteriormente la normativa varíe esas condiciones no afecta a la antijuricidad de la conducta pasada, ni supone necesariamente una valoración diferente y más benigna de la misma. Como señala el Auto de la Sala Segunda del Tribunal

Supremo de 10 de septiembre de 2014, “lo relevante es la normativa que regía en el momento de los hechos. Solo las modificaciones legislativas que obedecen a verdaderos cambios valorativos -el legislador opina que no es necesario seguir protegiendo del mismo modo un determinado bien jurídico o que determinado comportamiento ya no es lesivo para el bien jurídico de manera que no se mantiene la necesidad político criminal de un concreto tipo delictivo-, deben aplicarse retroactivamente si son favorables. Carecen de esa vocación de retroactividad aquellas modificaciones que no afectan al núcleo del injusto, sino a otros elementos típicos”.

Atendiendo a esos razonamientos, se estima acertada la decisión adoptada en la sentencia de instancia de demoler a costa de los condenados el edificio inacabado, si bien por esta vía de apelación se ha considerado conveniente limitar dicha disposición a la demolición parcial, haciendo uso de la facultad moderadora conferida por el apartado tercero del artículo 319 del Código Penal, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Décimo de la presente resolución.

DECIMOSEXTO.- Se formula con carácter subsidiario y de forma alternativa: la indebida aplicación de la penalidad prevista en los Art 320 y 319. CP en relación con el Art 404, 39b y 42 del CP, solicitando se precise la inhabilitación sólo para cargo de Alcalde, Concejal y otros que impliquen una participación en el gobierno municipal.

Como destacó ya la Sentencia de 17 febrero 1992, el artículo 36 del Código Penal (de 1973) la inhabilitación especial para cargo público producirá los efectos siguientes: 1) La privación del cargo o empleo sobre el que recayere y de los honores anejos a él. 2) La incapacidad de obtener otros durante el tiempo de la condena». Reiteran tal doctrina las Sentencias 2017/1993, de 18 octubre, de 27 septiembre, las cuales manifiestan que la Audiencia debería haber precisado el cargo o cargos que ha de comprender la inhabilitación especial que impuso, exigiendo las Sentencias 230/1996, de 14 marzo, la necesidad de concreción, así como la Sentencia 448/1998, de 30 marzo, aludiendo al principio de legalidad, ya con referencia al nuevo Código Penal. Con mejor precisión el actual artículo 42 del Código vigente de 1995 señala que «la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos» y añade a continuación: «Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena», añadiendo, asimismo, que «en la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación».

En el presente caso, asiste la razón al apelante al alegar la falta de motivación y concreción en la imposición de la pena de inhabilitación especial, defecto predicable respecto de los seis condenados apelantes. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 704/2011 de 1 julio, se comete un error al no concretarse debidamente el alcance de la pena de inhabilitación especial, prevista en el artículo 320.2 en relación con el 404, impuesta por la Audiencia con carácter genérico respecto del desempeño de

cualquier empleo o cargo público, cuando el artículo 45 del Código Penal exige su concreción no sólo expresa sino también suficientemente motivada.

El artículo 42 del Código Penal configura el alcance de esta pena privativa de derechos extendiéndola a la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos, añadiendo que también produce la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena, y que la sentencia habrá de especificar los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación. En esta materia rige evidentemente el principio de legalidad penal y no es posible extender el contenido de la pena más allá de los estrictos términos del mismo. Además es preciso tener en cuenta el contenido de la pena de inhabilitación absoluta que se fija en el artículo precedente. Por ello, en cuanto al primer inciso no puede recaer en otro empleo o cargo público que aquél en cuyo desempeño se comete el delito, si bien hemos admitido que no se trata de la función específica dentro del organigrama administrativo sino de la que corresponde con carácter general en el seno del mismo, por lo que comprende en el ámbito local los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal o cualquier otro de naturaleza electiva.

En segundo lugar, en cuanto al segundo inciso del artículo 42 del Código Penal, la expresión "otros análogos", en aras del principio de legalidad, debe tener como referencia obligada la función desempeñada y el origen o título que habilita para ello a la autoridad o funcionario. Por ello no se desborda el límite de la extensión de la pena cuando se considera análoga la desarrollada en otros ámbitos de la administración como pueden ser el insular, autonómico o estatal, referida a las funciones de gobierno en el presente caso. Sin embargo, no debe alcanzar a otras funciones, como la legislativa, porque no sería análoga a las de gobierno, aún cuando sean electivas.

En consecuencia, debe estimarse el presente motivo de impugnación, declarando haber lugar al recurso en este punto, afectando desde luego a todos los acusados apelantes con independencia de que sus defensas hubieran formulado impugnación al respecto – por otra parte los distintos apelantes presentaron escritos adhiriéndose a los recursos de apelación interpuesto por los coacusados- , y revocarse en este punto la resolución apelada, manteniéndose las mismas condenas en extensión temporal pero especificándose que, en el caso de los coacusados que desempeñaban funciones de gobierno en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, la pena comprenderá la privación definitiva de los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal o cualquier otro de naturaleza electiva, así como la incapacidad para obtener durante un plazo de siete años cualquier cargo o empleo público, sea o no electivo, en el ámbito municipal, insular, autonómico y estatal que comporte la asunción de competencias de decisión o gestión en los ámbitos medioambiental y urbanístico. En el caso de los técnicos condenados, la pena comprenderá la privación definitiva del cargo o empleo público

desempeñado, con la consiguiente pérdida de la condición de funcionario municipal que pudiera ostentar en la actualidad, así como la incapacidad para obtener durante un plazo de siete años cualquier cargo o empleo público, sea o no electivo, en el ámbito municipal, insular, autonómico y estatal que comporte la asunción de competencias de asesoramiento o gestión en los ámbitos medioambiental o urbanístico.

## RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE MARÍA LORETO ARIZ ALONSO

DECIMOSEPTIMO.- Se alega en primer lugar por la defensa de la apelante el quebrantamiento de las normas y garantías procesales por prejudicialidad administrativa, aduciendo que incluso el Abogado del Estado en el seno del proceso contencioso administrativo había defendido la actuación de la corporación municipal.

Tal impugnación ya fue resuelta en sentido desestimatorio al ser coincidente con la planteada por la defensa de D. Manuel Parejo Afonso, dándose por reproducido lo ya manifestado.

DECIMOCTAVO.- Se postula de otra parte la nulidad de actuaciones al amparo de lo dispuesto en el artículo 238.3 LOPJ al no haberse procedido en la presente causa contra el Ayuntamiento y la Gerencia Municipal de Urbanismo como personas jurídicas.

Si se postula con esa impugnación que deberían haberse ejercitado acciones penales contra el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y la Gerencia Municipal de Urbanismo, se obvia por un lado que a fecha de comisión de los hechos enjuiciados no había entrado en vigor la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 de 23 de junio, la cual introducía como novedad en el sistema español la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por otro lado, el indiscutido carácter público de tales entes impediría en todo caso la atribución de responsabilidad como tal institución, puesto que el apartado 5 del art. 31 bis CP establece una excepción a esta regla general, en cuanto excluye de este régimen expresamente a las siguientes entidades de derecho público:

- El Estado y las Administraciones Públicas territoriales e institucionales.

Los Organismos Reguladores: como, por ejemplo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión Nacional de la Competencia.

Las Agencias estatales y Entidades Públicas Empresariales: las primeras reguladas por la [Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales](#) y la [Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado](#).

Las segundas, reguladas en el art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Los partidos políticos.

Los sindicatos: llama la atención que el legislador no haya excluido a las organizaciones patronales y sí a las sindicales.

Las organizaciones internacionales de Derecho público.

Las organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Si se ha pretendido aducir la falta de intervención de tales entidades como responsables civiles, no consta que haya sido instada petición en ese sentido por la defensa o que haya formulado objeción alguna durante la instrucción de la causa, y por otra parte ninguna indefensión puede haber provocado a la parte apelante la falta de llamada de eventuales responsables civiles directos o subsidiarios, por lo que en ningún caso cabe apreciar la concurrencia de motivo de nulidad por esta supuesta omisión.

DECIMONOVENO.- Seguidamente la parte apelante invoca los artículos 790-2 y 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los artículos 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial aduciendo la nulidad de la sentencia de instancia al no resolverse en la misma, todas las cuestiones planteadas por las partes: por omitir la sentencia los informes de Demarcación de Costas, F 4073, y de la Consejería de Medio Ambiente, F 7665, ratificados pericial y testificalmente en juicio oral que prueban que la obra llamada mamotreto no invade Dominio Público Marítimo Terrestre y es autorizable de acuerdo con el tenor del artículo 25.2 de la Ley de Costas la contestación de la demanda hecha por el abogado del estado en el PO N° 14/2007, en la actualidad suspendido, la documentación aportada al inicio de las sesiones que sostiene la no invasión de la obra del dominio público marítimo terrestre, y la copia de Decreto de la Fiscalía Provincial de Las Palmas de 2 de junio de 2011 que archiva unas diligencias informativas iniciadas por denuncia el SEPRONA por obras ejecutadas en la playa Las Lajas, así como el informe del técnico municipal Epifanio Gómez de 13-12-2004 emitido en el curso del expediente administrativo. Alude a que los “convenios urbanísticos no son títulos habilitantes”, sino meros instrumentos de facilitación, cuyo incumplimiento o no formalización da lugar tan solo a irregularidades, así como que, en definitiva, los reparos de la intervención delegada expuestos en el expediente, lo son a los solos efectos de los artículos 215 y 217 de la Ley de Haciendas Locales, por tanto, a los solos efectos de retención de crédito, y son subsanables.

A pesar de que no se mencione expresamente por la parte apelante, debe considerarse que el motivo de nulidad invocado no es otro que el de la incongruencia

del fallo. La incongruencia del fallo puede ser entendida de dos formas diferentes. En primer lugar puede sostenerse que en el ámbito del incidente de nulidad la incongruencia exclusivamente se refiere a la falta de concordancia entre los fundamentos jurídicos de la sentencia, que conducen racionalmente a una determinada decisión, y el fallo de la misma, que se pronuncia en sentido diferente. En segundo lugar, puede entenderse, que al establecer la incongruencia como causa de nulidad de la resolución la [LOPJ](#) . se está refiriendo a los supuestos en que se haya omitido una respuesta a las pretensiones jurídicas de las partes. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional [S. 89/2003](#) , al exigir el planteamiento del incidente de nulidad como expresión del agotamiento previo de los recursos ordinarios contra la resolución que se pretende recurrir en amparo. También esta Sala ha entendido que la incongruencia a la que se refiere el actual art. 241 comprende los supuestos de omisión de respuesta a las pretensiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes. O dicho de otra forma la existencia de un desajuste entre el fallo y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones.

Pero en este sentido no pueden ser identificadas las pretensiones jurídicas con las alegaciones, argumentaciones o razonamientos realizados por las partes para sustentarlas. Debe tenerse en cuenta que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, «la congruencia exigible, desde la perspectiva del respeto del derecho fundamental que consagra el art. 24.1 [CE](#). comprende la obtención de una respuesta razonada a las pretensiones de las partes, pero no un razonamiento autónomo y pormenorizado a todos y cada uno de los fundamentos jurídicos en que aquéllas se sustenten». También se ha mantenido constantemente que «las exigencias derivadas de aquel precepto constitucional han de entenderse cumplidas en la denominada motivación implícita y no solo necesariamente en la expresa o manifiesta» ( [STC: 70/2002 de 3.4](#) ; [189/2001 de 24.9](#) ).

Esta Sala por una parte, en doctrina recogida, entre otras en las [SS. 28.3.94](#) , [18.12.96](#) , [11.3](#) y [29.4.97](#) , [20.9.99](#) ha señalado que es preciso que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, lo que a su vez debe matizarse en dos sentidos:

A) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellos se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada siendo suficiente una respuesta global genérica (según los términos de la [Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1996](#)); B) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, constitucionalmente admitida ( [SSTC núms. 169/1994](#); [91/1995](#); y [143/1995](#)), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en

la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundadores de la respuesta tácita ( [STC 263/1993](#); y [SSTS de 9 de junio y 1 de julio de 1997](#)).

En este sentido resultará preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio judicial representa una auténtica lesión del art. 24.1 [CE](#), por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva ( [SSTC 215/98, 74/99, 85/2000, 101/2000](#)). En definitiva «no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del art. 24.1 [CE](#) ( [SSTC 175/90](#), etc.), Doctrina igualmente acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del art. 6.1 del [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales](#) (ver decisiones, ambas de 5.12.94, en los [asuntos Ruiz Torija contra España e Hiro Balain contra España](#))».

En consecuencia, a estos efectos es preciso distinguir entre las alegaciones o argumentaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en si mismas consideradas. Respecto de las primeras no es necesaria sea contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica ( [ATS. 20.5.2002, 7.6.2004](#)). En relación a la segunda, la pretensión misma, la exigencia de congruencia, es más rigurosa. Concretamente, para poder concluir respecto a la misma, que la omisión no alcanza relevancia constitucional, es preciso que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda razonablemente deducirse, no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión ejercitada, sino, además, cuales son los motivos en que fundamenta la respuesta tácita ( [SSTC 56/96 de 4.4](#)). Por tanto dicha vulneración no será apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte.

En el caso analizado, la mera lectura del motivo de impugnación revela inequívocamente que con la expresión “puntos debatidos” se alude a la valoración efectuada por la parte del resultado de algunas de las pruebas, esencialmente documentales, aportadas o dadas por reproducidas en el acto del plenario, por lo que ha de rechazarse de plano la pretensión de nulidad de una sentencia que resuelve sobre todos los extremos debatidos previo detallado análisis de cada uno de ellos.

VIGÉSIMO.- Dentro del apartado segundo de los motivos de impugnación, el recurrente alega error en la apreciación de la prueba, al declararse como hechos probados, conceptos que por su carácter jurídico implican predeterminación del fallo. Concretamente se expone en el recurso: la no valoración del hecho de que el Proyecto

transcurría por dominio público sin precisar que la obra no lo invadía, la no necesidad de autorización previa, el no incumplimiento de la normativa urbanística, y que la ocupación de servidumbre de protección de parte de la estructura de edificio parcialmente levantado es autorizable según la Consejería, no argumentándose en la sentencia el carácter ilegalizable del proyecto.

Por lo que se refiere a a la predeterminación del fallo, tiene establecido numerosa jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (Cfr SSTS 7-3-2013, nº 194/2013 ; núm. 667/2000, de 12-4 ; 1121/2003, de 10-9 ; 401/2006,de 10-4 ; 755/2008, de 26-11 ; 131/2009, de 12-2 ; 381/2009, de 14-4 ; y 449/2012 , de 30-5 , entre otras muchas), que la predeterminación que se contempla y proscribire es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado , exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado.

De otra parte, también se ha argumentado de forma reiterada por el Tribunal Supremo (Cfr. SSTS 429/2003 de 21-3 ; 249/204, de 26-2 ; 280/2004, de 8-3 ; 409/2004, de 24-3 ; 893/2005, de 6-7 ; 755/2008, de 26-11 ),que no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues esta es precisamente la finalidad de la premisa menor del silogismo de la sentencia cuando la conclusión es un fallo condenatorio ( SSTS 152/2006, de 1-2 ; y 755/2008, de 26-11 ). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto integra la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógico que la predetermine, salvo manifiesta incongruencia, de ahí que deba relativizarse la vigencia de este vicio .

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, diremos que el recurrente, pese al enunciado del Motivo, no plantea una contradicción en el factum sino una calificación jurídica equivocada sobre el relato histórico en orden a la responsabilidad penal de su defendida. Esta queja, sin cabida en esta vía impugnatoria debe precisamente por ello, ser rechazada, desestimándose el motivo.

VIGESIMOPRIMERO.- Con relación al fondo del asunto, la parte apelante denuncia infracción de normas sustantivas por aplicación indebida del 320 y 319 del CP: esta alegación incide nuevamente sobre cuestiones ya tratadas en relación con los anteriores apelantes, en relación con el carácter autorizable de la obra ejecutada, la no condición de promotora de los acusados como sujeto activo del delito ni tampoco la concurrencia de los demás elementos del tipo del artículo 319 del Código Penal por tratarse de una obra “con autorización” y con informe técnico de adecuación emitido

por el acusado Epifanio Gómez, informe que considera esencial. Aduce igualmente la inexistencia de un plan previo urdido entre los diferentes acusados para la aprobación y desarrollo del proyecto. Entiende que resulta imposible identificar la posible nulidad de pleno derecho del acto administrativo con el delito de prevaricación, y en lo que atañe a la participación concreta de la acusada Loreto Ariz, se alega que sus informes no integran el elemento objetivo del tipo del 319 CP, concluyendo con una referencia sobre la juzgadora exponiendo que: “se analiza cuestiones jurídico administrativas por un juez de lo penal con notoria escasa preparación en derecho Administrativo que analiza irregularidades no invalidantes”.

Sin necesidad de entrar nuevamente en las vías de impugnación que, como se ha dicho, han sido ya analizadas y desestimadas anteriormente, sin que por otra parte en el recurso se contengan argumentaciones de calado jurídico diferentes a las expuestas por el resto de acusados apelantes, procede examinar aquellos aspectos que atañen personalmente a la acusada apelante, y en concreto la aducida ausencia de prueba de cargo que acredite que D.<sup>a</sup> Loreto actuó con plena intención y en virtud de un acuerdo previo de soslayar o quebrantar abiertamente la normativa aplicable.

En este sentido, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 602/2013 de 5 de julio, la doctrina del Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido de la garantía de presunción de inocencia señalando como elementos del mismo:

1º) que exista una mínima actividad probatoria ;

2º) la exigencia de validez en los medios de prueba que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación. Así pues la convicción del Juzgador debe atenerse al método legalmente establecido para obtenerla, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción, igualdad y publicidad;

3º) que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado;

4º) la motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio;

5º) a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria , siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano.

Así lo han recordado las [Sentencias Tribunal Constitucional nº 22/2013 de 31 de enero](#), citando la doctrina que arranca ya de la [STC nº 31/1981 de 28 de julio](#) y la [STC nº 142/2012 de 2 de julio](#) que recuerda la [sentencia Tribunal Constitucional nº 128/2011](#). Tal general doctrina, señala la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2013, ha de completarse con alguna precisión de esos no del todo

determinados parámetros del canon constitucional. Al efecto, se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 592/12 de 11 de junio:

a) Así, en cuanto al control de la razonabilidad de la motivación con la que se pretende justificar, más que demostrar, la conclusión probatoria, hemos resaltado que, más que a la convicción subjetiva del juzgador, ha de acreditarse que pueda asumirse objetivamente la veracidad de las afirmaciones de la imputación. Para predicar tal objetividad debe constatar la inexistencia de vacío probatorio, porque se hayan practicado medios de prueba que hayan aportado un contenido incriminador. Pero, además, la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos debe permitir predicar de la acusación una veracidad que se justifique por adecuación al canon de coherencia lógica que excluya la mendacidad de la imputación, partiendo de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por premisas correctas.

b) Asimismo debe tenerse en cuenta que se estimará que no existe certeza suficiente para fundar un pronunciamiento condenatorio cuando existen alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las objeciones a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten dudas razonables sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Suele decirse que no corresponde al Tribunal revisor seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Puede decirse, finalmente, que, cuando existe una duda objetiva, debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado. Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y

c) El control de la inferencia en el caso de prueba indiciaria implica la constatación de que el hecho o los hechos bases (o indicios) están plenamente probados y los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

La razonabilidad de esta inferencia exige, a su vez, que se adecue al canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, y también al canon de la suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia ( [STC nº 117/2007](#) ). El

control de la motivación ha de valorar si el razonamiento expuesto en la resolución recurrida está asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes". ( [Sentencias TS núms. 762/12 de 26 septiembre](#), [638/12 de 16 de julio](#) y [648/12 de 17 de julio](#), reiterando lo dicho en la núm. [542/12 de 21 de junio](#), resolviendo el recurso nº 1358/2011 y [SSTS núms. 122/2012 de 5 de marzo](#), [103/12](#) y 99/12 de 27 de febrero , 1342/11 de 14 de diciembre, 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre, 1385/11 de 22 de diciembre , 1270/2011 de 21 de noviembre , 1276/11 de 28 de noviembre , 1198/11 de 16 de noviembre , 1192/2011 de 16 de noviembre , [1159/11 de 7 de noviembre](#) ).

En el caso de autos, no puede sino compartirse la valoración de la sentencia apelada en cuanto a la efectiva y principal implicación de la acusada en la aprobación del Proyecto y el posterior modificado así como en la realización de las obras ejecutadas, actuando desde luego la apelante en connivencia con el resto de los condenados en la instancia.

A través de la prueba practicada, resultó probado que Loreto Ariz, junto con el también acusado Epifanio Gómez estuvo presente en su calidad de técnico durante los trabajos y contactos previos para llevar a cabo la redacción de proyecto en razón del cargo que ostentaba en el organigrama de la Gerencia Municipal de Urbanismo, es decir, como Jefa del Servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras. A tal Servicio, pese a lo manifestado por la defensa, le correspondía desde luego informar sobre la legalidad de la afección del Proyecto a zona de protección y bienes demaniales pese a no contarse con la preceptiva autorización, así como sobre los aspectos relacionados con la normativa urbanística de las construcciones previstas. En su declaración en sede instructora, que fue introducida por lectura en el plenario sometiéndola a la necesaria contradicción, se limitó a negar la competencia específica del Servicio que dirigía, manifestación absolutamente inverosímil y que se contradice con actuaciones posteriores realizadas por la apelante como Jefa del mismo, y así en el año 2008 fue ella misma y en ese mismo cargo la que solicitó la preceptiva autorización de La Viceconsejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias para la ocupación de servidumbre de protección marítimo terrestre.

A pesar, pues, de conocer plenamente que no se había suscrito el correspondiente convenio con la Dirección General de Costas que permitiera a la Gerencia Municipal de urbanismo llevar a cabo las obras contenidas en el Proyecto conocido como Fase II de Las Teresitas, durante la celebración de la sesión del Consejo Rector de 17 de diciembre de 2004, en la que participó en su condición de asesora tomó la palabra para informar a los miembros del Consejo del contenido del proyecto así como de su forma de financiación, haciéndose constar durante dichas sesiones que una vez aprobado el mismo se pasaría a información pública recogiendo las alegaciones que pudiera

derivarse tanto de particulares como de “otras Administraciones” y que todos estos pasos se comprobarían con carácter previo a procederse a la licitación de las obras. Su parecer favorable a la aprobación del Proyecto resulta incompatible con la insuficiencia de su informe, pues reconoció que no abarcaba todos los aspectos necesarios, constándole que además del mismo sólo se había aportado a la sesión otro informe técnico, el del acusado Epifanio, habiendo en su día admitido la acusada que nunca había visto que los proyectos de tales características fueron informados por el Director Técnico de Políticas Territoriales”. Por otra parte, y pese a que D.<sup>a</sup> Loreto siempre manifestó en las actuaciones que ignoraba el destino del informe por ella emitido, la también acusada D.<sup>a</sup> Candelaria Benítez Reyes afirmó en su declaración sumarial (folios 3786 y siguientes, Tomo V II), que había sido Loreto Ariz, la jefa de servicio, quien le había entregado su informe e incluso que le había informado del orden del día de la sesión del Consejo Rector de 17 de diciembre de 2004.

A las actuaciones anteriores y coetáneas a la emisión del informe por la acusada, han de añadirse las intervenciones posteriores de la misma en el expediente aprobado, que revelan inequívocamente un comportamiento doloso persistente dirigido a la realización de las obras proyectadas. Así, D.<sup>a</sup> Loreto intervino en su condición de asesora en las sucesivas sesiones del Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo que trataron el expediente de contratación. En dichas sesiones posteriores las obras se adjudicaron a la entidad OHL S. A, y se firmó el contrato de obras en favor de tal constructora dando inicio a las mismas. En todo momento en ellas la acusada desplegó un comportamiento pasivo al no efectuar advertencia o salvedad alguna ante la falta de comprobación previa que había hecho constar en su informe favorable al proyecto y ello a pesar de que la misma no podía desconocer que se había omitido el traslado a otros servicios de la Gerencia, que el procedimiento no se había sometido al trámite de participación ciudadana ni al procedimiento de evaluación de impacto ecológico preceptivo, ni tampoco que no se había firmado convenio alguno Costas, ni recabado autorización de la Comunidad Autónoma y del Ministerio de Medio Ambiente.

Además de esa reveladora pasividad, la apelante intervino activamente en actuaciones posteriores, incluso cuando fue oportunamente comunicado por la Dirección General de Costas la tramitación del procedimiento de modificación del deslinde en ese tramo de costas, con la necesaria consecuencia de suspensión o interrupción de toda actuación urbanística en la zona afectada por el deslinde.

Por otra parte, la acusada tuvo conocimiento en cada caso desde el primer momento que la Intervención Delegada del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife emitió cinco informes planteando reparos al expediente que se estaba tramitando y que afectaban a actuaciones de su estricta competencia, pues dicha Intervención Delegada de manera reiterada comunicó que los informes técnicos obrantes no se ajustaban a lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: Informe de fecha 9 de noviembre de 2005 (folio 1703, Tomo V); Informe de

fecha de 14 de marzo de 2006 (folio 1802 y siguientes, tomo V), Informe de fecha 19 de mayo de 2006 (folio 1844, Tomo V), Informe de fecha 21 de agosto de 2006 (1934 y siguientes, Tomo V), Informe de fecha 29 de diciembre de 2006 (1955, tomo V).

El reparo consistente en la falta de replanteo previo fue intentado subsanar por la propia acusada de manera puramente formal, en connivencia con el concejal del área, levantándose acta de replanteo con fecha de 6 de diciembre de 2006., tal y como se ha expuesto ya en esta resolución. En dicho acta se hizo expresamente constar que no se observaban “servidumbres aparentes”. Por consiguiente, la acusada se pronunció sobre la afección del proyecto a bienes demaniales y a la servidumbre de protección, materia que desde luego era competencia del Servicio cuya jefatura ostentaba, y además lo hizo faltando claramente a la verdad, sin apoyarse en informe técnico o jurídico alguno relativo a la invasión por las obras de dichos terrenos. No emitió el informe que le era requerido por la intervención delegada sino el día 18 de abril de 2007, es decir, hasta más de dos años y tres meses de después de la aprobación del proyecto, ya iniciadas y denunciada la obras por la Asociación Tinerfeña de Amigos de la Naturaleza.

Ante esta relación de hechos tan categóricamente incriminatorios, la juzgadora concluye finalmente que al igual que el acusado Epifanio Gómez la acusada se prestó a emitir dichos informes “con la sola finalidad de dotar de aparente legalidad a la tramitación de un proyecto plagada de irregularidades, siguiendo las directrices de quienes eran los responsables políticos de sus áreas”.

Por lo que se refiere al proyecto llamado Modificado nº 1, ninguna duda cabe tampoco sobre la ilegalidad consciente de su actuación. Loreto Ariz volvió a informar de manera favorable con fecha de 30 de marzo de 2007 y su informe sirvió de base para el acuerdo del Consejo Rector que autorizó la redacción del proyecto Modificado nº 1, (sesión de 13 de abril de 2007) y finalmente conformó los informes favorables previos al Consejo Rector que adoptó el acuerdo de aprobación de ese proyecto definitivamente en la sesión de 29 de octubre de 2007. Todo ello teniendo pleno conocimiento de las irregularidades de las que adolecía la obra inicialmente ejecutada y prevista en el proyecto inicial, siendo consciente de que la suscripción del convenio interadministrativo se había vuelto si cabe aún más inviable tras la anulación judicial del contrato de compraventa de los terrenos que debían ser cedidos por el Ayuntamiento y tras la comunicación del inicio del expediente de deslinde, pues ya por Sentencia de fecha de 3 de mayo de 2007 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se había pronunciado en ese sentido.

En virtud de lo expuesto, la prueba practicada merece la consideración de prueba de cargo apta para enervar el principio de presunción de inocencia, determinando la responsabilidad criminal de la apelante en concepto de autora de dos delitos de prevaricación urbanística y de cooperadora necesaria de un delito contra la ordenación del territorio.

VIGESIMOSEGUNDO.- A continuación, la parte recurrente alega aplicación indebida del artículo 319.3 CP, con el acuerdo de demolición de las obras, reputando que para adoptar tal resolución es precisa una previa denegación de la legalización de lo construido conforme a lo preceptuado en el artículo 179,1 b del Decreto Legislativo 1/2000. Entiende que el Ayuntamiento no puede demoler sin la existencia de un expediente sancionador, no siendo posible por prescripción proceder a su incoación. En todo caso, se habría requerido dirigir el procedimiento contra la corporación municipal.

Tales cuestiones han sido ya resueltas en esta resolución. Las argumentaciones en torno a la imposibilidad de que el consistorio municipal derribe el edificio inacabado, debe señalarse que el carácter ilegal e ilegalizable de la obra ejecutada y que ha sido declarado por la sentencia de instancia determina necesariamente la actuación administrativa tendente a su demolición, alcanzando la obligación de acatamiento de las resoluciones judiciales a los entes públicos, sin perjuicio de la repercusión del coste de los trabajos de demolición a quienes, como miembros de la corporación actuante, realizaron dolosamente las conductas ilegales integrantes del delito contra la ordenación del territorio.

VIGESIMOTERCERO.- Finalmente, parece inexcusable una mención a las al menos desafortunadas expresiones formuladas por la defensa del apelante en su escrito de recurso, las cuales se transcriben literalmente: en la página 19, “Quinto.- Sobre el acuerdo de demolición de las obras, que en la sentencia se consideran ilegalizables, sin fundamento legal o jurisprudencial alguno, sino en base a la opinión personal de la juzgadora, rayana en la negligencia o ignorancia inexcusable “, omitiendo manifiestamente que se ha probado...”; y en la página 20 , “ Pero lo que realmente hace merecedora a la juzgadora de la afirmación de negligencia o ignorancia inexcusable, es el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial,...” Nos encontramos ante descalificaciones gravísimas, pues suponen la atribución de una conducta delictiva, no amparadas en el derecho de defensa e impropias del discurso exigible a un Letrado en su ejercicio profesional, por lo que procede remitir a la comisión disciplinaria del Colegio de Abogados de esta capital a los efectos oportunos testimonio de la presente sentencia así como del recurso de apelación interpuesto por la defensa de la acusada dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder a Ilma Sra. Magistrada destinataria de tales afirmaciones.

#### RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE D. EPIFANIO GÓMEZ SÁNCHEZ

VIGESIMOCUARTO.- La defensa de D. Epifanio Gómez Sánchez plantea un total de siete alegaciones :

En primer lugar sostiene que se ha producido la prescripción del delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 Y .3 CP, considerando que la sentencia de instancia incurre en infracción por aplicación indebida del Art 131.1 CP en relación con el artículo 319.1 CP con fundamento en que la emisión de su informe es de fecha 13 de diciembre de 2004, y en la circunstancia de que el procedimiento se dirigió contra el mismo por vez primera el 2 de julio del año 2009, fecha de su declaración como imputado ante el órgano judicial instructor, habiendo transcurrido sobradamente el plazo de tres años que corresponde, dado la pena asignada al mismo, al delito tipificado en el art 319 del CP en su redacción vigente a fecha de comisión de los hechos.

Dado que, como luego se verá, se va a estimar parcialmente el recurso de apelación por entender que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio no del apartado primero sino del apartado segundo del [artículo 319](#) del Código Penal, que establece la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, siendo tal precepto el vigente antes de la reforma llevada a cabo por [LO 5/2010 de 22 de junio](#), por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP, pues dicha reforma no se encontraba vigente a la fecha de la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento, conforme al artículo 33.3 a) que establece que son penas menos graves la prisión de tres meses hasta cinco años, según el artículo 131.1 (antes de la reforma), el plazo de prescripción sería de tres años, al tratarse de un delito menos grave.

La sentencia de instancia, con referencia a la invocada prescripción del delito del artículo 319.1 del Código Penal, entendió que “aún configurando al delito de carácter permanente o de tracto sucesivo, no instantáneo, o de delito continuado, tal y como tiene declarado el TS la consumación se extiende durante todo el tiempo en que continúen realizándose los actos constitutivos del delito (construcción o edificación); en el delito permanente la situación antijurídica se mantiene por voluntad del autor, y se prolonga mientras dura aquella situación y termina con la cesación de la permanencia, hasta cuyo momento el delito es actual.

Aduce el recurrente que, frente a lo argumentado en la resolución apelada para rechazar la excepción de prescripción, no se aprecia un delito continuado del que se haga criminalmente responsable al apelante, al cual solo se le puede responsabilizar de una acción, la emisión de su informe, sin que quepa adicionar las conductas de los demás coacusados.

No pude compartirse dicha alegación. De la lectura de los hechos probados se infiere que la participación del apelante en ningún modo se circunscribe a la emisión del informe favorable el día 13 de diciembre de 2004, conducta que por otro lado ha sido subsumida en la sentencia de instancia en el tipo penal descrito en el artículo 320.1 del Código Penal igualmente objeto de condena, sino que se le atribuyen comportamientos, en este caso omisivos, posteriores, y que propiciaron tanto la aprobación del Proyecto por el Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo como la adjudicación de

las obras y el comienzo de realización de las mismas. Así, se consigna expresamente que en las ocasiones en que intervino como asesor técnico en las sesiones del Consejo Rector ( reuniones de 17 de diciembre de 2004, 10 de noviembre de 2005 y 8 de junio de 2006) hubiera hecho constar los incumplimientos urbanísticos que presentaba el proyecto y que estaban a la vista para un experto como él, la afección a bienes demaniales, o puesto de manifiesto al menos la necesidad de un análisis pormenorizado del proyecto, el mismo hubiera tenido que pasar por el filtro de otros servicios que hubieran sacado a la luz las graves irregularidades, o cuando menos, los miembros del Consejo Rector sin competencias en esta materia hubieran estado advertidos antes de decidir el sentido de su voto.

En todo caso, resulta correcta la calificación del delito tipificado en el artículo 319 como de resultado, como hace la sentencia apelada para fijar como término inicial la fecha de paralización de las obras el día 18 de marzo de 2008, y no como delito de mera actividad, no pudiendo partirse de la pasividad culpable que le atribuye al apelante la sentencia en la última reunión del Consejo Rector, el día 8 de junio de 2006.

En efecto, el delito del [artículo 319](#) CP, en cualquiera de sus dos modalidades, es un delito de estructura o comisión instantánea, aunque de efectos permanentes, susceptible de continuidad delictiva. En el delito contra la ordenación del territorio la acción típica (construir o realizar una edificación ilegal) se ejecuta en un determinado lapso temporal (el tiempo que se tarda en levantar la edificación) y, una vez ejecutada la obra, ésta permanece, sin necesidad de que el sujeto activo siga realizando la conducta típica; por lo que el "dies a quo" En apoyo de esta argumentación cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006, según la cual respecto del delito contra la ordenación del territorio su consumación se producirá cuando finalice la obra conjunta, iniciándose a partir de ese momento el plazo de prescripción del delito. En el caso de autos, tal referencia a la finalización de la obra debe entenderse sustituida por la paralización de los trabajos por voluntad de la empresa adjudicataria de las obras el día 18 de marzo de 2008.

Fijada tal fecha como "dies a quo", ha de reputarse que se produjo la interrupción del cómputo prescriptivo, no con la declaración como imputado del apelante el día 2 de julio de 2009, sino con el Auto de 16 de septiembre de 2008 por el que se incoaban las diligencias previas que dieron lugar a la presente causa y por el que de modo inequívoco se le imputaba de manera individual y rotunda la posible comisión de un delito contra la ordenación del territorio. Sobre este extremo se ha pronunciado rotundamente el Tribunal Supremo, sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 885/2012 de 12 noviembre: " Conforme a la nueva regulación de la prescripción, se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta (art. 132.2.1ª)".

Aunque parezca que la nueva regulación normativa (LO 5/2010, de 22 de junio, con entrada en vigor el día 23 de diciembre de 2010) se refiere a la admisión a trámite de la querrela o denuncia, en realidad no dice exactamente eso, porque previamente pueden adoptarse otras resoluciones judiciales diversas, como el dictado de un Auto de intervención telefónica, o un registro domiciliario, o un mandamiento de detención, etc. Y tales actos judiciales han de ser potencialmente aptos para interrumpir la prescripción, en tanto que manifiestan una resolución judicial motivada en la que se atribuye a un sospechoso su presunta participación en el hecho delictivo que se encuentra siendo investigado. Es decir, en tales supuestos, ya existe una resolución judicial, ésta ha de ser motivada, o lo que es lo mismo ha de atribuir al sospechoso la presunta comisión de un delito que proceda investigar por tales medios, se encuentra aquél nominalmente determinado, y el hecho, ha sido inicialmente calificado, por lo que concurren todos los elementos que exige la norma, esto es, la existencia de una resolución judicial motivada por la que se atribuya (al indiciariamente responsable) su presunta participación en un hecho delictivo. Quiere decirse que tal resolución judicial no es equivalente a un acto judicial estricto de imputación, o lo que es lo mismo la atribución de la condición de sujeto pasivo de una pretensión punitiva, que aún no se ha ejercitado formalmente, sino la atribución indiciaria de su presunta participación en un hecho, que se está investigando o que se comienza a investigar en tal momento, y por eso, la ley se refiere en otros apartados al contenido de la admisión a trámite de una querrela o una denuncia, como igualmente otro acto formal de interrupción de la prescripción. En segundo lugar, que tal resolución judicial, al poderse dictar en fase de investigación sumarial secreta, no tiene por qué notificarse a dicha persona. Ni, correlativamente, que tenga que tomarse inmediatamente declaración a tal persona frente a la que se interrumpe, por la resolución judicial motivada, la prescripción.

En virtud de lo expuesto, se rechaza la alegación de prescripción del delito contra la ordenación del territorio por el que se condenó en la resolución de instancia al apelante.

A pesar de no plantearse como cuestión previa en los recursos de los demás acusados, la naturaleza antes expuesta de institución de derecho público de la figura de la prescripción obliga a plantearse de oficio su posible concurrencia respecto de los demás delitos objeto de condena y en cuanto a los demás coacusados. La apreciación del instituto de la prescripción, como causa de extinción de la responsabilidad criminal prevista en el artículo 132 del Código Penal, es una cuestión de derecho sustantivo, apreciable de oficio y de orden público. No se trata de una eventual causa de nulidad, sujeta a la normativa prefijada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino una cuestión que incide en el núcleo de las garantías indisponibles del proceso penal (orden público), causa de extinción de responsabilidad criminal, es decir, declaración obligada de imposibilidad que la jurisdicción penal pueda intervenir y, mucho menos, emitir juicio de reproche alguno.

Y en este sentido, ninguna duda plantean las condenas por el delito de prevaricación urbanística en las modalidades descritas en los apartados primero y segundo del artículo 320 del Código Penal, toda vez que la pena de inhabilitación especial prevista en ambas en la redacción vigente al tiempo de comisión de los hechos merece la consideración de grave ( artículo 33.2 d) del Código Penal), de manera que, conforme a lo dispuesto en el artículo 131.1 del Código Penal el plazo prescriptivo es el de diez años, el cual evidentemente no ha transcurrido.

A mayor abundamiento, se ha revisado por esta vía de apelación la calificación de los hechos contenida en la sentencia de instancia , en la que no se condena a ninguno de los coacusados como criminalmente responsables de un delito continuado, sino de dos delitos contra la ordenación del territorio en concurso real ( respecto del proyecto y su ejecución parcial ) amén de en su caso otro delito contra la ordenación del territorio ( respecto del proyecto Modificado nº 1, segunda planta del aparcamiento), reputándose una relación de concurso medial entre el primer delito de prevaricación y el delito contra la ordenación del territorio. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, [Sentencia 1182/2006](#) ), establece que en los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquélla que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. Acudiendo para la resolución de esta cuestión a los fundamentos procesales y especialmente a los materiales del propio instituto de la prescripción que se interpreta, la doctrina del Tribunal Supremo estima que en estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto ( Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2004 ).

En el caso de autos, los seis acusados apelantes resultaron condenados, en concepto de autores o de cooperadores necesarios, por el delito contra la ordenación del territorio para cuya comisión cometieron el delito de prevaricación urbanística. Como se dice en la [Sentencia del Tribunal Supremo 429/2012, de 21 de mayo](#), “en el caso de las actividades delictivas complejas, el tratamiento de los concursos mediales desde el

punto de vista del cómputo de la prescripción, debe partir de la premisa de que el plazo para la del delito fin sólo puede superponerse, hasta prevalecer, sobre el previsto para la del delito medio, ampliándolo, en el caso de que aquél, constase cometido antes de que éste, en sí mismo considerado, hubiese prescrito. Pero entiéndase bien, siempre y solo cuando su autor hubiera tenido también una implicación relevante en la ejecución del segundo cometido”. De manera similar se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012, a tenor de la cual “para la atribución de responsabilidad penal a los implicados en un concurso de acciones de ejecución sucesiva, no basta constatar la existencia de un engarce puramente objetivo entre éstas, cual si pudieran producir consecuencias penales indiscriminadamente para la totalidad de los implicados, al margen del propósito, las representaciones, las relaciones e incluso la propia intervención de los mismos en el momento de ejecutarlas. En efecto, pues para que, en supuestos como el que se contempla, la ejecución de un acto criminal posterior retroactúe , a efectos de prescripción, en la esfera de uno de los previamente implicados en esa secuencia, es preciso que pueda imputársele alguna forma de participación en él.

Por consiguiente, estableciéndose de acuerdo con tales razonamientos como “dies a quo” para el cómputo del plazo prescriptivo respecto de los dos delitos en relación de concurso medial o instrumental el de fecha de finalización de los trabajos, resulta evidente que no han transcurrido en ningún caso los plazos de diez años o de tres años para la prescripción respectivamente del delito de prevaricación y del delito contra la ordenación del territorio.

VIGESIMOQUINTO.- En segundo lugar, la parte apelante alega infracción por indebida aplicación del Art 319.1 CP en relación con el Art 28 b CP, afirmando que se ha producido una vulneración del principio acusatorio al condenarse a título de cooperador necesario.

En apoyo de esta pretensión, el recurrente comienza por afirmar que no se había producido invasión de dominio publico ni servidumbre de protección hasta la efectiva paralización de las obras el 17 de marzo de 2008, tratándose de una obra inacabada, y que la cooperación necesaria debe apreciarse cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido, lo cual, se dice, no es el caso pues “su informe no puede adjetivarse de fundamental al ser previo o preliminar, por lo que en modo algún podía resultar suficiente y menos aún fundamental para la aprobación del Proyecto”, “siendo obvio que a tal informe previo habrían de adicionarse cuantos otros vienen exigidos por la normativa de aplicación, en lo que concierne al proyecto de urbanización, debiendo completarse con los necesarios informes sectoriales para evaluar el cumplimiento detallado de cada una de las obras contenidas en el mismo, y por otra parte el expediente habría de completarse con el pertinente informe técnico del servicio de edificación de la gerencia a fin de comprobar

el cumplimiento con el plan general de las obras de aparcamiento previstas en cabecera”, y “habría de ser el informe del servicio de edificación el que debía pronunciarse sobre los diversos aspectos de alturas de la edificación, alineaciones, rasantes, ocupación, edificaciones, usos permitidos, rampas, dimensiones de plazas de aparcamientos, alturas entre plantas, seguridad contra incendios, evacuación etc. Llegando a decir que el informe no era fundamental y carecía de toda eficacia para la aprobación del proyecto pues después del mismo, necesariamente habrían de evacuarse otros informe técnicos por los servicios pertinentes de la gerencia de urbanismo cuya supuesta falta no le puede ser atribuida a el”.

Sobre la posibilidad de la participación en delitos especiales, y tanto la prevaricación administrativa del artículo 320 , como el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 lo son, nos remitimos a la abundante doctrina jurisprudencial existente, de la que puede ser perfecto ejemplo la [STS 575/2007, de 9 de junio](#), por la que se condena a uno de los acusados como inductor del delito de prevaricación, pese a no ser el funcionario que tenía que informar su licencia y no haber actuado como autoridad, mientras que se condena al segundo acusado como cooperador necesario del delito contra la ordenación del territorio pese a no tener la condición de promotor, constructor o técnico director que exige el precepto.

Si bien el "extraneus" no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación -inducción y cooperación necesaria- y quien realiza un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer integra un supuesto de cooperación necesaria por cuanto la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (por ejemplo [Sentencia 1159/2004, de 28 de octubre](#)), viene declarando que existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *condictio sine que non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), si bien esta última modalidad resulta controvertida, entendiéndose que el dominio del hecho debe reservarse a los supuestos de autoría. No existe, pues, obstáculo alguno para sancionar como cooperador necesario de un delito de prevaricación, delito como se ha dicho de naturaleza especial, a quien no ostenta la condición de funcionario, si bien será de aplicación la rebaja de pena que viene establecida en el apartado 3º del artículo 65 del Código Penal. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009 refrenda la naturaleza de delito común del delito contra la ordenación del territorio, a diferencia del delito de prevaricación, tanto el genérico previsto en el artículo 404 del Código Penal, como el específico sancionado en el artículo 320 del texto sustantivo. Por tanto, la condena al apelante como cooperador necesario en el delito contra la ordenación del territorio deriva de su falta de realización material de

actos nucleares del tipo – no intervino como promotor o constructor de la obra – realizando actos sin embargo precisos para que pudiera llevarse a efecto la misma.

Respecto de la condena al acusado apelante en concepto de cooperador necesario de un delito contra la ordenación del territorio, debe señalarse que la doctrina del Tribunal Supremo tiene declarado que "se suele hablar de participación delictiva en un sentido amplio para referirse a todas las formas de intervención en el hecho, concepto extenso que comprendería o abarcaría la autoría, más en sentido estricto la participación se contraponen a la autoría.

El partícipe, que puede ser inductor o cooperador, se encuentra en una posición secundaria respecto del autor, correspondiendo a éste y no a aquél el hecho principal, ya que el partícipe no realizará el tipo principal.

El art. 28 del [CP](#) viene a reconocer que los partícipes no son autores y no realizan el hecho, a diferencia del autor individual, del coautor y del autor mediano (art. 28 párrafo 1º del CP ), pero establece que el inductor y el cooperador necesario también serán considerados autores.

Dentro de la cooperación se distingue una doble modalidad dentro del CP: el cooperador necesario, equiparado al autor aunque realmente no lo sea y el cómplice en sentido estricto. La delimitación de ambas figuras constituye tema de indudable trascendencia práctica ya que de una u otra calificación dependerá que se castigue al cooperador de igual forma que al verdadero autor o, por el contrario, que se le castigue con una pena de grado inferior. Previamente a cualquier otra consideración ha de indicarse que la cooperación exigirá acuerdo previo para delinquir o pactum scaeleris.

Partiendo de ello, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS ha venido sosteniendo que lo decisivo de la cooperación será su "eficacia, necesidad y trascendencia en el resultado finalístico de la acción" (entre otras STS de [28 de junio de 1991](#)). Si la cooperación es asimismo esencial en la complicidad, valdrán también para ésta las notas de eficacia y trascendencia en el resultado, reservándose la "necesidad" para la cooperación necesaria, no proyectándose por tanto a la cooperación en general. Se han venido utilizando diversos criterios dogmáticos por la doctrina y la jurisprudencia para determinar cuánto cabe atribuir a la cooperación la condición de necesaria. Así, se han manejado las teorías de la conditio sine qua non , la de " los bienes escasos " y la del " dominio del hecho ".

Conforme a la primera, deberá apreciarse cooperación necesaria cuando se colabore con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido. Con arreglo a la segunda, habrá cooperación necesaria cuando se colabore mediante la aportación de algo que no sea fácil obtener de otro modo, mientras que conforme a la tercera, mediará cooperación necesaria cuando el que colabora pueda impedir la comisión del delito retirando su concurso, si bien el TS expuso en su sentencia de [24 de septiembre de 2003](#) que la cuestión del dominio del hecho únicamente cabrá ser planteada a los efectos de la coautoría, ello por cuanto con

relación a la cooperación necesaria o a la complicidad el dominio del hecho quedará excluido por definición, pues sólo los autores o los coautores deben haber tenido el dominio del hecho, los primeros como dominio de la acción y los segundos como dominio funcional del hecho.

Lo que distinguirá al cooperador necesario del cómplice no podrá ser el dominio del hecho que ni uno ni otro tienen; lo relevante será la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores, de modo que la complicidad entrará en juego cuando exista participación accidental, no condicionante y de carácter secundario.

Cualquiera que fuere el criterio dogmático utilizado para delimitar el concepto de autor por cooperación necesaria y destacando que la jurisprudencia actual viene conjugando los expuestos sin adscribirse a alguno de ellos en exclusiva pero otorgando ciertamente preponderancia a la teoría de los bienes escasos, prestando en ella una atención especial a la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio, podrá concluirse que la cooperación necesaria supondrá la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no habría podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico sino que desarrollará exclusivamente una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material, de tal manera que esa actividad resultará imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por uno y otro, o por unos y otros, en el contexto del concierto previo o pactum scaeleris. El cooperador necesario contribuirá a causar el hecho del autor interponiendo una condición propiamente causal del mismo, en tanto el cómplice materializará tal contribución favoreciendo eficazmente su realización.

Por otro lado, decir que la Sala IIª del TS (S núm. [1036/2003, de 2 septiembre](#)) tiene declarado que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados (SS. [25 junio 1946](#) y [29 enero 1947](#)). Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario (SS. [31 octubre 1973](#), [25 septiembre 1974](#), [8 febrero 1984](#) y [8 noviembre 1986](#)). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (15 julio 1982). Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: Uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; Y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (SS. [9 mayo 1972](#), [16 marzo](#) y [12 mayo 1998](#), y [24 de abril de 2000](#)). De manera que el cómplice es un auxiliar del autor,

que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del iter criminis ".

La sentencia de instancia valora correctamente la participación del apelante como cooperador necesario en el delito contra la ordenación del territorio.

Resulta evidente que los actos protagonizados por D. Epifanio descritos en el apartado de Hechos Probados de la sentencia de instancia no pueden ser calificados como actos neutrales. Como ha apuntado el Tribunal Supremo en la sentencia 487/2014, de 9 de junio , así como en la sentencia 942/2013, de 11 de diciembre , con respecto a este tipo de acciones, lo que caracteriza a las mismas es que se trata de conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro (o un aumento del peligro) jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y, en esa medida, no resultar típicas. En este sentido, en la STS 34/2007, de 1 de febrero, se exponía que "la doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Tal es el caso del que aparece como adquirente de un inmueble en un contrato de compraventa. Lo que plantea esta cuestión es la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. Desde este punto de partida, una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución». Argumentándose más adelante, que " (...) la teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto "neutral" puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc ".

La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación, afirma la sentencia 942/2013, de 11 de diciembre , puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en un marco de conducta del tercero en el que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil, decíamos allí, disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas

socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero.

Por último, ha de descartarse que la condena en concepto de cooperador necesario del delito contra la ordenación del territorio haya supuesto conculcación del principio acusatorio al formularse acusación por el Ministerio Fiscal contra el apelante en sus conclusiones definitivas en concepto de autor.

La uniforme jurisprudencia del Tribunal Supremo explica que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Permite en el proceso penal la posibilidad de la contradicción, vale decir la confrontación dialéctica entre las partes. Conocer los argumentos del adversario hace viable manifestar ante el Juez los propios, indicando los elementos de hecho y de Derecho que constituyen su base, así como, en definitiva, una actuación plena en el proceso. Así pues, «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC [11/1992](#), F. 3; [95/1995](#), F. 2; [36/1996](#), F. 4), vinculando al juzgador e impidiéndole exceder los términos en que venga formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales por lo tanto, el acusado haya tenido ocasión de defenderse» ( [SSTC 205/1989](#), F. 2; [161/1994](#), y [95/1995](#), F. 2 ). Sin embargo la correlación de la condena con la acusación no puede llevarse al punto que impida al juzgador el modificar la calificación de los hechos en tela de juicio con los mismos elementos que han sido o hayan podido ser objeto de debate contradictorio.

En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal ( [SSTC 10/1988, de 1 de febrero](#), F. 2; [225/1997, de 15 de diciembre](#), F. 3; [302/2000, de 11 de diciembre](#), F. 2; y la ya citada [228/2002](#), F. 5 ). En efecto, la [STS 677/2003, 7 de mayo](#) - con cita de la STS [221/2001, de 19 de febrero](#), recuerda, entre otros extremos, que el contenido de la acusación en cuanto a los hechos y en cuanto a su calificación jurídica determina los límites del proceso, de tal modo que (...) la apreciación por el Tribunal de un grado de participación inferior al de la acusación, puede acordarse libremente por el Tribunal sin necesidad de someter a debate tal transmutación calificadora ( [STS 76/1995, 10 de noviembre](#) ), siempre que no se adopten en la resolución hechos distintos a los incluidos en las conclusiones de las partes acusadoras y que la sanción que se imponga no sea superior o por delito distinto que no fuere homogéneo todo con el fin de no dejar

indefenso al acusado ante hechos o peticiones de pena que no hubiera conocido con tiempo para defenderse adecuadamente.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado.

VIGESIMOSEXTO.- El apelante seguidamente considera que la resolución de instancia califica erróneamente los hechos declarados probados como constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en el artículo 319.1 del Código Penal, pues entiende que no cabe conjeturar que la obra, “de haberse llevado a cabo, invadiría la zona de dominio público marítimo terrestre”, sino que ha de estarse a la obra realmente ejecutada, la cual en el momento de su paralización no había desde luego invadido bienes demaniales y únicamente se había introducido de manera marginal en la zona correspondiente a servidumbre de protección. Sostiene que dicha zona no tiene reconocida especial protección al amparo de lo dispuesto en el Decreto 171/2006, siendo inadmisibles una interpretación analógica “in malam partem”, por lo que en todo caso sería de aplicación el apartado segundo de dicho artículo 319 del Código Penal, el cual se refiere a la realización de edificaciones no autorizables en suelo no urbanizable, siendo así que la obra ejecutada no puede ser calificada en ningún caso de edificación.

En cuanto a dicha alegación, debe partirse necesariamente del estado de las obras en el momento de la paralización de las mismas, entendiéndose que nos encontramos ante un delito consumado desde el momento en el que se inician y mientras se continúan realizando trabajos. A tenor de los declarados probados las obras ejecutadas hasta el momento fueron las siguientes: movimientos de tierra y acopio en zona final de Playa, y en cabecera de Playa, se ha levantado parcialmente la estructura del edificio de aparcamientos y locales comerciales, siendo la superficie de ocupación de 4000 metros cuadrados en planta sótano, y 5690 metros cuadrados en planta baja, habiéndose ocupado Servidumbre de Protección Marítimo Terrestre en unos 6,5 a 7 metros cuadrados de fondo y 60 metros cuadrados de frente, lo que hace una superficie total de 420 metros cuadrados.

El apartado 1º del art. 319 del [Código Penal](#) constituye una figura delictiva de carácter cualificado en relación con lo previsto en el apartado 2 del mismo precepto por afectar a "suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección". De la comparación de ambos apartados, es decir apartado 1º del [art.9](#) de la [Ley 6/1998, de 13 de abril](#), y apartado 1º del art. 319 del Código Penal, se pueden deducir las siguientes conclusiones:

A) Por un parte, que el precepto penal pretende tipificar determinados atentados contra la ordenación del territorio que resultan especialmente graves, en su mayor parte -aunque no en exclusiva-, por afectar a suelos especialmente protegidos.

B) Por otra parte, tampoco puede afirmarse que todo suelo no urbanizable especialmente protegido resulte tutelado en el precepto penal.

En este sentido, no debe perderse de vista que, de conformidad con el examen comparativo de referencia (entre los apartados 1º art . 9 ley 6/1998 , 13.4 y 1º art . 319 CP ), entre los valores especialmente tutelados en el precepto penal no aparecen enumerados ni el valor arqueológico, ni el valor científico, ni las limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. Por tanto, los suelos que resultaran administrativamente especialmente protegidos por ostentar alguno de tales valores (o cualquier otro no enumerado en el art . 319,1 C.P .), o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público, quedarán a pesar de ello, excluidos de tutela penal cualificada.

Así, la sentencia apelada no deja claro si ha considerado la servidumbre de protección como bien de dominio público o como un terreno de especial protección, pero lo cierto es que no se trata de ninguna de las dos cosas. La zona sobre la que recae la servidumbre de protección no es de dominio público. Así se desprende de la exposición de motivos de la Ley 22/1988 de 28 de Julio de Costas cuando nos dice: “De especial novedad e interés, porque el tiempo actúa en contra de la conservación de los espacios naturales, y a favor de la extensión de las áreas urbanas, es el título dedicado a la protección del dominio público marítimo-terrestre. Este título establece, como es tradicional en la legislación española reguladora de bienes de dominio público, una serie de limitaciones a la propiedad de los terrenos colindantes, que tienen el carácter de regulación mínima y complementaria de la que dicten las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, por lo que la presente ley se contrae a la definición de las condiciones básicas para el ejercicio de ese derecho en los mencionados terrenos y trata de asegurar la efectividad del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, así como el deber de conservarlo, siguiendo pautas ya establecidas en otros países europeos y también en el nuestro en relación a los terrenos colindantes con otros de dominio público. La mayor parte de esas limitaciones venían ya establecidas por la legislación hasta ahora vigente, pero la nueva ley, en coherencia con sus objetivos de conservación de la integridad del dominio público, configura la vieja servidumbre de salvamento, obsoleta en cuanto a la finalidad específica que indica su denominación, como una servidumbre de protección del citado dominio, que comporta la prohibición general de determinadas actividades y, sobre todo, construcciones consideradas perjudiciales para la adecuada protección de un medio natural tan sensible, como la experiencia ha puesto de relieve. En efecto, la garantía de la conservación del dominio público marítimo-terrestre no puede obtenerse sólo mediante una acción eficaz sobre la estrecha franja que tiene esa calificación jurídica, sino que resulta también imprescindible la actuación sobre la franja privada colindante, para evitar que la interrupción del transporte eólico de los áridos y el cierre de las perspectivas visuales

para la construcción de edificaciones en pantalla, la propia sombra que proyectan los edificios sobre la ribera del mar, el vertido incontrolado y, en general, la incidencia negativa de la presión edificatoria y de los usos y actividades que ella genera sobre el medio natural puedan causar daños irreparables o de muy difícil y costosa reparación”.

Así se desprende también de su regulación en los artículos 23 a 26 de esta Ley de Costas y del catálogo de infracciones recogido en el artículo 91.2 que distingue entre b) La ejecución no autorizada de obras e instalaciones en el dominio público marítimo-terrestre, así como el aumento de superficie, volumen o altura construidos sobre los autorizados y e) La realización de construcciones no autorizadas en la zona de servidumbre de protección.

Y la Ley de Costas tampoco considera a esa zona "de especial protección" por reconocerle valores paisajísticos, ecológicos, artísticos, históricos o culturales. La expresión protección que emplea la Ley de Costas referida a esta servidumbre legal no tiene otro alcance que el definir su destino, que no es otro que proteger los terrenos de dominio público.

La redacción del precepto penal aboca a esta interpretación restrictiva. El apartado 1º del art. 319 del Código Penal, pretende tipificar determinados atentados contra la ordenación del territorio que resultan especialmente graves, en su mayor parte –aunque no en exclusiva–, por afectar a suelos especialmente protegidos. Por otra parte, tampoco puede afirmarse que todo suelo no urbanizable especialmente protegido resulte tutelado en el precepto penal.

En este sentido, entre los valores especialmente tutelados en el precepto penal no aparecen enumerados ni el valor arqueológico, ni el valor científico, ni las limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. Por tanto, los suelos que resultaran administrativamente especialmente protegidos por ostentar alguno de tales valores (o cualquier otro no enumerado en el art. 319, 1 CP), o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público, quedarán a pesar de ello, excluidos de tutela penal cualificada.

Por consiguiente, la invasión por la obra ejecutada de zona correspondiente a servidumbre de protección determina su incardinación en el apartado segundo del artículo 319 del texto punitivo, cuya redacción a fecha de comisión de los hechos era la siguiente: “Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable .”

Por tanto, el precepto vigente en la fecha en la que sucedieron los hechos distinguía entre construcción y edificación, castigando las primeras, las realizadas en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección, y castigando las edificaciones únicamente en los suelos no urbanizables.

En el caso de autos, ya se ha resuelto con anterioridad que obra ejecutada constituía sin género de duda una edificación inacabada. La Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) de 5-1-99, en su art. 2 dispone en su párrafo segundo: «serán edificaciones a los efectos de esta ley, y requerirán un proyecto las siguientes obras:

1) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, que no tengan de forma eventual o permanente carácter residencial ni público, y se desarrollen en una sola planta.

2) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que varíen esencialmente la composición general exterior, la volumetría, el conjunto del sistema estructural, o cambien los usos de la edificación».

El contenido de este artículo, aunque es bastante amplio en cuanto a los supuestos que se deben entender desde el punto de vista civil por «edificación», es muy ilustrativo para los penalistas porque sirve para fijar unas características concretas que deben existir para que podamos entender desde lo penal que estamos ante el citado concepto, se pueden fijar cuáles son las características que debe tener una «edificación» para que sea tenida en cuenta a efectos penales, bien entendido que harían falta todas para que se dé el delito, y son las siguientes:

1.ª) Que sea una obra de nueva planta, no una reposición, ni rehabilitación, ni reconstrucción, ni reparación, ni ampliación a otra ya realizada, salvo que en estos últimos casos se altere la configuración arquitectónica del edificio.

2.ª) Que la obra se destine a habitación o reunión de personas.

3.ª) Que tenga una entidad o importancia suficiente para considerar que atenta al bien jurídico.

4.ª) Que sea una obra permanente o fija al suelo, con vocación de permanencia, no movable ni desmontable fácilmente. Esta sería una de las notas más destacadas, que iría unida a otros datos indiciarios, como pueden ser el tener conexión a infraestructuras (luz, agua, etc.), o que su traslado tenga unos gastos económicos.

Ciertamente, el Código penal establece una distinción entre "construcción", que es la palabra que se utiliza para describir el objeto de la acción tipificada en el apartado 1 del art. 319, y "edificación", que es el objeto definitivo en el apartado 2 del mismo

artículo. También la legislación urbanística, habla repetidamente, como términos distintos, de "construcción" y "edificación", dando implícitamente al primero una mayor extensión. Pero, cualquiera que sea la trascendencia de esta distinción en el ámbito penal, hemos de limitarnos a determinar si estamos o no en presencia de una "edificación".

Para delimitar este objeto de la acción punible hemos de contar ante todo con la significación gramatical de la palabra "edificación", que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 22ª edición, se equipara al "edificio", el cual a su vez se define como: "Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos". No es admisible, por tanto, que se defina como edificio sólo la construcción destinada a vivienda residencial, pues también es definible como tal la que se destina a otros usos, poniendo el núcleo del concepto en la nota de que se trate de una construcción fija, hecha con materiales resistentes.

El art. 25.1 de la vigente Ley de Costas , Ley 22/1988, de 28 de julio, se mueve en esta misma línea, cuando señala que en la zona de servidumbre de protección estarán prohibidas, entre otras, las "edificaciones destinadas a residencia o habitación" (ap. a), lo que da a entender que las que tienen este destino constituyen una clase o categoría dentro del genérico "edificaciones" el cual, por lo tanto, no se circunscribe a ellas. En suma, tal como señala algún autor (p.ej., BOLDOVA PASAMAR, "Los delitos urbanísticos", Barcelona, 2007, pág. 163), por "edificación" habrá que entender toda obra cerrada con techo, como concepto más restringido que "construcción", pero en modo alguno cabe excluir del concepto aquellas edificaciones que no estén destinadas específicamente a servir de habitación humana: ni el concepto gramatical, ni el uso ordinario de la palabra, ni el concepto jurídico permite tal restricción, que excluiría del delito la edificación de como naves industriales u otras construcciones semejantes, lo que es obvio que no correspondería ni a la literalidad, ni a la finalidad y ámbito de protección de la norma.

El núcleo del concepto "edificación" hay que ponerlo en la nota de que se trate de una construcción fija, por lo que es lo mismo, vocación de permanencia. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 7479/2006, de 29 de noviembre , establece que "construcción" a efectos del delito urbanístico es toda actividad de modificación sustancial de la configuración original del terreno, con vocación de permanencia, realizada por el hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados. El acento debe ponerse no tanto en el método constructivo empleado, con mayor o menor número de elementos prefabricados, con mayor o menor dificultad de desmontaje, como en el efecto o resultado final producido y en la vocación de permanencia en el ataque al bien jurídico protegido.

En el presente supuesto, la obra realizada constituye como se ha dicho una edificación si bien incompleta, previéndose en el Proyecto aprobado su configuración como un edificio destinado a aparcamiento al que se agregarían locales para otros usos. Se trataría, por consiguiente, de una edificación no autorizable asentada en suelo no urbanizable.

El carácter ilegal de la edificación parcialmente ejecutada se desprende inequívocamente de la carencia de autorizaciones o permisos previos a favor del organismo municipal actuante. Así, el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias establece en su Artículo 167, bajo la rúbrica, “Actos promovidos por las Administraciones Públicas”, que:

“1. Los actos relacionados en el artículo 166 de este Texto Refundido, promovidos por órganos de las Administraciones Públicas o entidades de derecho público que administren bienes de aquéllas, estarán igualmente sujetos a licencia urbanística previa, salvo en los casos expresamente exceptuados en el número siguiente o por la legislación sectorial aplicable.

2. No están sujetos a licencia urbanística los actos de construcción, edificación y uso del suelo incluidos en los proyectos de obras y servicios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma y los Cabildos Insulares previstos en el número 1 del artículo 11.

3. La resolución del procedimiento de cooperación interadministrativa previsto en el artículo 11 legitimará por sí misma la ejecución de los actos de construcción, edificación y uso del suelo incluidos en los proyectos de obras y servicios públicos a que se refiere la letra b) del número 1 del artículo 11”.

El número 1 de ese artículo 11 se refiere a los mecanismos de cooperación administrativa, al señalar que: “Están sujetos a la cooperación interadministrativa:

a) Los instrumentos de planeamiento para la ordenación del territorio y la ordenación urbanística previstos en este Texto Refundido.

b) Cualesquiera planes, programas o proyectos de obras o servicios públicos de las Administraciones de la Comunidad, las Islas y los Municipios que afecten, por razón de la localización o uso territoriales, a la instalación, funcionalidad o funcionamiento de obras o servicios de cualesquiera de dichas Administraciones Públicas.

c) Los proyectos de construcción, edificación o uso del suelo para obras o servicios públicos de la Administración Pública de la Comunidad o de los Cabildos Insulares aunque afecten al territorio de un solo Municipio.).

Por consiguiente, la actuación de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en una zona de servidumbre de protección requeriría una autorización urbanística previa por parte del organismo competente, siendo así que no sólo no se obtuvo sino que los términos del convenio de colaboración

que se encontraba en vía de negociación dependían de unas premisas inexcusables que no se cumplían en el momento de la realización de las obras, por lo que resultaba inviable la concesión de autorización alguna o la firma de un convenio al respecto.

No cabe cuestionarse en este punto que no se respete el principio acusatorio por haber condenado la sentencia de instancia siguiendo la acusación formulada por el Ministerio Público, por el tipo delictivo del apartado primero del [artículo 319 CP](#) y finalmente condenar en esta fase de apelación por el apartado 2º del [artículo 319 CP](#). Así, es una cuestión no controvertida que no existe vulneración del principio acusatorio cuando los tipos delictivos son homogéneos, y, por lo que hace a los tipos delictivos del apartado primero y apartado segundo del [artículo 319 CP](#) resulta pacífica la jurisprudencia que los considera tipos homogéneos, basta citar a tales efectos la Sentencia dictada el 28/11/11 por la Sección 7ª de Sevilla que literalmente viene a decir: "Estima la defensa que la condena por el precepto del [artículo 319.2 del CP](#), no sería posible porque supondría conculcar el principio acusatorio. Sin embargo tal vulneración no es tal si se examina el tenor de los dos apartados del artículo 319 que difieren exclusivamente en su gravedad por la naturaleza del terreno donde se construye o edifica. Son preceptos homogéneos en cuanto a sujetos activos y acción típica y si lo que se acoge es el tipo de menor gravedad, ese quebranto que se menciona no es tal puesto que la naturaleza del terreno se discutió en la vista oral".

A propósito de lo que supone el principio acusatorio y por tratarse de un delito también contra la ordenación del territorio, no está demás citar un determinado párrafo de la [Sentencia del Tribunal Supremo 1182/2006 de 29 de noviembre](#). Dice la citada resolución: "Aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en [Sentencias 17/1988](#), [168/1990](#), [47/1991](#), [14 febrero 1995](#) y 10 octubre 1994, ha consagrado una constante doctrina que reflejada, entre otras, en [Resoluciones de esta Sala de 14 febrero 1995](#), [14 marzo](#), [29 abril](#) y [4 noviembre 1996](#), es del siguiente tenor: "los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 [CE](#) conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo". ( [STS núm. 1590/1997, de 30 de diciembre](#), y [29 de enero de 2002](#), entre otras).

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que

deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación. El principio acusatorio, por lo tanto, contiene una prohibición dirigida al Tribunal de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación. Tal forma de proceder afectaría a dicho principio, en cuanto el Tribunal invade las funciones de acusador construyendo un relato fáctico que, esencialmente, no tiene su antecedente en la acusación. Pero también se relaciona íntimamente con otros principios, pues también lesiona el derecho a un Juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal puede valorarse como una toma de posición contra el acusado. Desde otro punto de vista, más directamente relacionado con el derecho de defensa, el Tribunal que introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, infringe ese derecho en cuanto no ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral. Sin embargo, en ninguna de estas perspectivas, el principio acusatorio impide que el Tribunal configure los detalles del relato fáctico de la sentencia según las pruebas practicadas en el juicio oral. Es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos, siempre que sean de carácter accesorio, que incrementen la claridad de lo que se relata permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido. Todo ello tiene un límite infranqueable, pues ha de verificarse siempre con respeto al hecho nuclear de la acusación, que no puede ser variado de oficio por el Tribunal en perjuicio del reo. También puede el Tribunal modificar la calificación jurídica, siempre que se trate de delitos homogéneos y que el delito recogido en la sentencia no sea más grave que el de la acusación.

Aplicando la doctrina expuesta, y acogiendo el criterio seguido por resoluciones de diversas Audiencias Provinciales ( por todas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de septiembre de 2012 ), permaneciendo inalterado en la esencia el objeto de la acusación, y modificada la calificación jurídica por un tipo homogéneo en su formulación, pero más benévolo en penalidad, no se produce ninguna merma del derecho de defensa porque la sentencia de apelación condene por el citado 319.2 del CP.

VIGESIMOSÉPTIMO.- Como alegación tercera del recurso de apelación, se sostiene la aplicación indebida del artículo 320.1 del Código Penal.

Considera indiscutible la competencia del acusado Epifanio Gómez Sánchez, como Director de Políticas Territoriales, para emitir el informe presentado a la sesión del Consejo Rector, reseñando que, tal y como resulta del folio 126 de sentencia de instancia, que contiene la descripción de puestos de trabajo en el organismo municipal , el mismo sí tenía competencias para emitir el informe previo que emitió, pues a través de un subalterno, José Tomás, llegó la petición del mismo a su mesa.

Sin discutir la cualificación profesional del acusado ni el cargo que ostentaba de Director de Políticas Territoriales, la sentencia de instancia acertadamente hace hincapié en que la emisión del informe no se ajustaba formalmente al procedimiento administrativo correspondiente, puesto que ni constaba acuerdo de iniciación ni tampoco se trató de un “informe-propuesta” conformado por el organismo correspondiente, como indicó el testigo Joaquín Castro Brunetto, sino que fue emitido por un servicio que no culminaba las necesidades técnicas que debían ser valoradas en el proyecto, toda vez que no se recabó informe del Servicio de Edificación ni de Planeamiento y Gestión urbanística

Se plantea en este apartado de la alegación una cuestión que ya ha sido analizada y zanjada en esta resolución, y es la relativa a la naturaleza del Proyecto informado, concluyendo que se trata de un Proyecto de Urbanización, definido en el Art 41,1TRLOTC exclusivamente orientado a aparcamientos subterráneos, no concurriendo por tanto los elementos del tipo del artículo 320 CP., al no ser informado ni aprobarse un “ Proyecto de Edificación” como exige el precepto.

Insiste la parte apelante en el carácter preliminar del informe, el cual debería ser complementado con informes sectoriales detallados de cada una de las obras contenidas en el proyecto, y especialmente sobre el cumplimiento del Plan General de Ordenación, (PGO), de los aparcamientos, así como en determinados aspectos: sobre alturas de construcciones proyectadas, alineaciones etc.. Sin embargo, en ningún caso se hace referencia en el propio informe a su alcance meramente preliminar, sino que se encabeza diciendo que se refiere al proyecto de urbanización elaborado por Dominique Perrault y Estudio de Arquitectos Activities, y a continuación emitirse el un informe respecto a la totalidad del proyecto de manera claramente insuficiente, pues aun cuando se admitiera que el acusado, únicamente debía informar sobre el ajuste del proyecto al PGO vigente, como Director Técnico de Políticas Territoriales y coreactor del citado PGO y su modificación posterior, debía haber relacionado de manera exhaustiva y como correspondía a un proyecto de tal envergadura el ajuste del mismo a la legalidad vigente. El acusado asistió tres días después de la emisión del informe a la sesión de 17 de diciembre de 2004 del Consejo Rector de la Gerencia de Urbanismo, “como asesor, con voz pero sin voto, y ninguna observación o advertencia realizó. Teniendo que ser convocado, previamente para ello junto con el correspondiente orden del día, tal y como se prevé en los propios estatutos de la Gerencia de urbanismo (artículo 10.1 de los Estatutos publicados en BOP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de abril de 2002). Por consiguiente, no pudo desconocer en ese momento que su informe, lejos de ser meramente preliminar, iba a considerarse bastante, junto con los también claramente incompletos de D.<sup>a</sup> Loreto y D.<sup>a</sup> Candelaria, para la aprobación ese mismo día del Proyecto.

Tras admitir su condición de experto, pues fue él mismo el redactor del documento de modificación del PGO a aplicar en ese área de las Teresitas a fin de encajar el proyecto, introduce como cuestión ciertas divergencias con las declaración

de hechos probados de la sentencia sobre el cumplimiento urbanístico del proyecto, aludiendo a que la práctica totalidad del frente de la playa Zona A2, es un espacio libre de uso público salvo dos parcelas – A2a y A2D, cuyos usos son el comercial en cabecera de playa y deportivo y ocio salud y bienestar social en fondo de playa. Que el Proyecto de Urbanización respeta los usos y su localización del planeamiento: se ubica en la cabecera de playa un aparcamiento tal y como se determina a su vez en dicho planeamiento al establecer las condiciones particulares de la zona A2 (PAG 21), para más tarde añadir que en cuanto a ocupación del “edificio” subterráneo de aparcamientos, no se hace uso de la parcela A.2a, y llegar a la conclusión de que, por tanto, los aparcamientos se podían ejecutar y cumplen en cuanto al uso, si. Arguye que no se incumplían los parámetros de edificabilidad diseñados en el PGOU. En primer término, por que una de las plantas del aparcamiento previsto y comenzado a construir se situaría “bajo rasante”, es decir, en un semisótano. La total edificabilidad consumida comporta 1.848 metros cuadrados mientras que la permitida alcanzaba hasta los 4.462,36 metros cuadrados. En todo caso, entiende que no cabe hablar de una infracción grosera de la legalidad urbanística cometida a sabiendas.

En este punto, la sentencia de instancia analiza pormenorizadamente y valora de una manera acertada los informes periciales obrantes en la causa, ratificados en el acto del plenario por sus autores, explicando las razones por las que opta por otorgar credibilidad a las conclusiones alcanzadas por los peritos de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural en cuanto a la falta de adecuación del Proyecto aprobado al planeamiento urbanístico existente frente a los distintos pareceres de otros peritos; el técnico de la Viceconsejería de Medio Ambiente José A. Melián López, y el perito de la defensa D.Damián Quero.

Carlos Lamas Rúa Figueroa y Carlos González de Ara, técnicos de la APMUN, ratificando su informe e indicaron que la edificación de cabeza de playa excedía de la ocupación máxima permitida en dicha parcela por el propio PGO. En concreto, respecto a la “cara o fachada norte del edificio”, que daría a la playa, sobrepasaría el límite de alineación exterior previsto en el citado plan general. Y ello teniendo en cuenta la consideración como fachada de la zona en la que estarían ubicados los locales comerciales, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.11.4 en relación con el artículo 10.301 del PGO. Además, fueron tajantes al advertir que el local identificado como nº 5, ubicado en dicha fachada norte, en la medida en que invadiría la zona del dominio público marítimo terrestre, supondría que la edificación se excedería de la ocupación de la parcela que llegaría hasta el muro de la playa. Además, en la zona del edificio que daría al cementerio, los locales previstos en el proyecto también excederían de la superficie de la parcela A2a prevista en el propio planeamiento.

Por lo que respecta al cumplimiento del proyecto del coeficiente de edificabilidad previsto en el PGO para la referida parcela, entendiendo como coeficiente de edificabilidad, la máxima cantidad de m<sup>2</sup> que se pueden levantar en una parcela a edificar, según los peritos, de los datos obtenidos por de la Dirección General de

Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma, y no de ningún informe del Ayuntamiento obrante en autos o anexo al proyecto, la superficie de la parcela A2a sería de 3871,83 euros, fijándose en la ficha LA6 de la modificación puntual del PGO, un coeficiente de edificabilidad de 0.76 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, lo que supondrían una superficie edificable de 2.962,30 m<sup>2</sup>, superficie que no está justificada en el proyecto que, sin embargo, si consta justificada una superficie de 7.936 m<sup>2</sup> para el parking y 1586,80 m<sup>2</sup> para locales comerciales. Así, según los técnicos, considerando que la superficie de los locales es computables a efectos de edificabilidad (1586,80 m<sup>2</sup>), a lo que hay que añadir el local nº 5 ubicado en dominio público de aproximadamente 200 metros<sup>2</sup>, quedaría por edificar una superficie de 1.175 m<sup>2</sup>. Sin embargo, considerando que la zona más próxima al cauce del barranco debe tener la consideración de planta y no de sótano o semisótano, de conformidad con lo previsto en el artículo 10.5.4, toda vez que en dicha fachada aparecen huecos diáfanos que absorben todo el espacio comprendido entre el suelo y el techo, debe procederse a su computación a efectos de edificabilidad, sobrepasando, por tanto, el coeficiente dispuesto en el propio planeamiento”.

Tratándose de apreciación de prueba personal, como se ha señalado, no cabe sustituir el criterio de la juzgadora de instancia, que contó con la obligada inmediatez, salvo que sea abiertamente erróneo o arbitrario, lo que no desde luego no ocurre en el caso de autos.

En cualquier caso, la ilegalidad del Proyecto no deriva solo ni principalmente de la falta de adecuación de las edificaciones proyectadas al planeamiento urbanístico vigente, sino también y singularmente de la afectación que comportaba de dominio público marítimo-terrestre y de terrenos incluidos en la servidumbre de protección, no existiendo autorización alguna para la realización de unas obras que se adjudicaron y comenzaron prácticamente sin solución de continuidad a la aprobación del proyecto. En consecuencia, las obras contempladas en el mismo estaban sujetas al régimen de autorizaciones que establece el artículo 31, 42, 51 y concordantes de la ley 22/1988, de 28 de julio, Protección, utilización y Policía de Costas para todo uso y actos de Edificación en bienes de Dominio Público Marítimo Terrestre, protegidos por la citada legislación sectorial, por lo que en todo caso sería obligatorio con carácter previo solicitar y obtener las autorizaciones y concesiones de conformidad con la legislación sectorial aplicable (artículo 166 LOTCENC)”. A mayor abundamiento, las edificaciones contempladas en el proyecto cabeza y fondo de playa no determinaban el uso de esas concretas áreas, lo que resultaba incompatible con la normativa aplicable en materia de usos y ocupación del dominio público marítimo terrestre (Artículos 25, 26, 27, 31 y concordantes de la Ley de Costas y Reglamento para su desarrollo y ejecución, así como las disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias.

Por tanto, no cabe hablar de meras irregularidades subsanables por vía administrativa, sino de una ilegalidad grosera en cuanto se pretendió obviar y se obvió por la vía de hecho el iter procedimental establecido para la actuación urbanística en

ese tipo de suelos, revistiendo tal proceder la gravedad necesaria para justificar la criminalización de las conductas del acusado y del resto de apelantes.

VIGESIMOCTAVO.- El recurrente formula como alegación cuarta el error en la apreciación de la prueba: motivo coincidente con los recogidos en los otros recursos, que se apoya en la inexistencia de una trama para lograr la aprobación del proyecto y ejecución de las obras, que existía una cooperación inter administrativa y que la sentencia hace una interpretación o traducción sesgada de lo dicho por testigos y peritos, fundamentalmente de la hecha por el testigo, actual consejero director José Ángel Martín Bethencourt, quien votó en el Consejo Rector que aprobó la redacción del Modificado nº 1, y dice expresamente que: “ nadie puede creerse que un responsable político vote sin saber lo que hace, lo único cierto es que tanto ese testigo como cuantos otros políticos votaron a favor del proyecto inicial y su modificado conocían perfectamente la legalidad de todo ello así como la tramitación de un convenio a suscribir con la Dirección General de Costas”. Asimismo, apunta que los juristas de la Gerencia de Urbanismo, Secretario Delegado y Gerente, no formularon ninguna objeción al Proyecto.

Baste señalar en oposición que, a diferencia del Secretario Delegado y del Gerente, que no tenían conocimiento de las negociaciones previas, el acusado desplegó una labor negociadora en reuniones anteriores. Además, con posterioridad a la aprobación del Convenio, tomo parte activamente en el expediente para adjudicación y realización de las obras, contribuyendo de manera esencial a su continuación pese a las irregularidades que se iban advirtiendo. Así, el acusado participó en la sesión del Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 8 de junio de 2006, (folios 3422 y siguientes, Tomo VII), en la que se acordó la adjudicación de las obras a la entidad OHL S. A. .Con carácter previo a su celebración, el ahora apelante había emitido el informe requerido por La Dirección General de Costas con la comunicación de la incoación del expediente para la modificación del deslinde a La Gerencia Municipal de Urbanismo que contenía la advertencia de que, durante la tramitación del expediente se suspendía la concesión de cualquier licencia, autorización o concesión para ocupar la zona afectada.

El Director General de Turismo de la Consejería de Turismo del Gobierno de Canarias, D. Sebastián Jesús Ledesma Martín, organismo con el que se gestionaba la cooperación en el proyecto, afirmó en su declaración testifical en el plenario que no se formuló reparo alguno, como pone de relieve la firma del Convenio de Cooperación en el año 2005. El de 29 de septiembre de 2005, la Consejería de Turismo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, suscribió un convenio de colaboración con el Cabildo Insular de Tenerife y el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, dotando del presupuesto necesario para la financiación de la ordenación del área de las Teresitas. Ahora bien, ese mismo testigo declaró en el acto del plenario que el convenio de colaboración suponía una encomienda de actuación, siendo en todo caso

la corporación municipal la que debía encargarse de obtener las pertinentes autorizaciones, careciendo obviamente la Consejería de Turismo de competencia al respecto.

El Jefe de la Demarcación de Costas, D. Carlos E. González Pérez, emitió en el año 2005 un informe favorable, manifestando según el apelante que no habría habido ningún obstáculo para la firma del Convenio con el Ayuntamiento, frustrándose tan sólo por la anulación decretada en el año 2007 de la operación de compraventa de los terrenos por la Sentencia del Tribunal Supremo..Finalmente, aseguró que en el mes de marzo de 2008 se dirigió oficio al Ayuntamiento mostrando interés en una posible firma del Convenio a pesar de la anulación de la compraventa.

Silencia el recurrente que el testigo Carlos González Pérez, ingeniero jefe, como se ha dicho de la Demarcación de Costas en Tenerife, manifestó también en el acto del plenario que La Dirección General de Costas tramitó y aprobó su proyecto Fase I porque para el mismo no era necesario la firma del referido Convenio toda vez que La Gerencia Municipal de Urbanismo les había certificado la disponibilidad de los terrenos, añadiendo que aun cuando pudiera haberse aprobado el proyecto municipal antes de la firma del convenio, carecía de sentido adjudicar las obras e iniciarlas puesto que sin la firma del mismo no había podido llevarse a cabo ni un solo movimiento de tierras.

En consecuencia, dicho motivo debe ser desestimado, no apreciándose en absoluto que la sentencia de instancia contenga una interpretación sesgada o incorrecta de los testimonios vertidos en el acto del juicio oral, apoyando todos los arriba examinados la manifiesta ilegalidad del Proyecto y de las obras ejecutadas.

VIGESIMONOVENO.- Se plantea como alegación quinta la inaplicación del artículo 8.4 del Código Penal, de forma que según su criterio tan sólo cabría condena por el delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal, tipo penal que englobaría los posteriores actos contra la ordenación del territorio.

Se trata de una cuestión ya tratada y desestimada al resolver sobre el recurso interpuesto por la defensa de D. Manuel Parejo Afonso.

TRIGESIMO.- Alega en sexto lugar la infracción por aplicación del Art 65.3 CP: el juez a quo no valora haber participado a título de cooperador necesario a la hora de determinar la pena.

La Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, reflejada en las [sentencias de 23 de diciembre de 2009](#) , [13 de junio de 2003](#) y [11 de junio de 2002](#) , considera que al extraneus en el delito especial propio se le debe imponer una pena atenuada respecto del intraneus . Así, en la primera sentencia citada se expresa: "Bien es verdad que, precisamente por tal tratamiento legislativo a ese partícipe, resulta atendible el motivo cuarto de los alegados en este recurso, por el que se postula la imposición de menor pena. Aunque aquel precepto establece que la disminución de pena al partícipe del delito especial propio es una posibilidad de la que dispone el Tribunal, no es menos

cierto que, dado que en ese partícipe no concurre el mismo deber que en el autor propio, la disminución de la pena prevista para éste derivaría de que, la ausencia del incumplimiento de deberes, exigibles al autor propio, ya reclama, salvo excepción, esa disminución de pena en comparación al autor. Así lo recordábamos en nuestra [Sentencia nº 661/2007 de 13 de julio](#) en que dijimos: Aunque el [art. 65.3](#) CP sólo contenga una atenuación facultativa de la pena, nuestra jurisprudencia, apoyada en el [art. 1 CE](#), ha considerado que la pena del extraneus en delitos especiales propios debe ser necesariamente reducida respecto de la del autor, dado que no infringe el deber cuya infracción es determinante de la autoría, razón por la cual el contenido de la ilicitud es menor."

En la segunda sentencia citada, de [13 de junio de 2003](#), se dice: "Los partícipes del «extraneus» en un delito especial propio, como es el de malversación, responden en su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en la relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario. (En este sentido [S. 1075/2002 de 11 Jun](#) ).

Y en la tercera sentencia citada, de 11 de junio de 2002, se mantiene: "El décimo motivo de recurso, también por infracción de ley, denuncia que la pena impuesta al recurrente, cinco años de prisión, sea superior a la del depositario, cuatro años, cuando en el recurrente no concurre la condición especial que cualifica al sujeto activo del delito de malversación impropia. El motivo debe ser estimado. La doctrina de esta Sala ha establecido con reiteración... que cuando un particular, «extraneus», participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, «intraneus», dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario”.

Sin embargo, la jurisprudencia ha rechazado que los sujetos activos del delito contra la ordenación del territorio previsto en el artículo 319 del Código Penal hayan de ser necesariamente profesionales de la construcción, entendiendo que las cualidades exigidas por el tipo de promotor o constructor pueden predicarse de cualquier persona que promueva o efectivamente realice materialmente la edificación ilegal. La condena al apelante como cooperador necesario en el delito contra la ordenación del territorio deriva de su falta de realización material de actos nucleares del tipo – no intervino como promotor o constructor de la obra – realizando actos sin embargo precisos para que pudiera llevarse a efecto la misma, no ostentando el dominio del hecho. Por tanto, no cabe hablar de un delito especial propio en el que se tenga en cuenta el especial desvalor que comporta la conducta de un sujeto que reúne una condición determinada ( así, la autoridad o funcionario en el delito de prevaricación), por lo que no concurren los presupuestos que justificarían una atenuación de la responsabilidad criminal de los

partícipes en la conducta delictiva por la vía del mencionado artículo 65.3 del Código Penal.

TRIGESIMOPRIMERO.- La séptima y última alegación de la parte apelante se refiere a la supuesta infracción por aplicación indebida del Art 319.3 CP. Entiende que se ha acordado la demolición de la obra ejecutada, cuando no se ha acreditado su carácter legal o ilegalizable, no cubriendo la sentencia las exigencias de motivación.

Afirma que la necesidad de nuevo Proyecto para legalizar la obra realizado no es sino una mera ocurrencia de los peritos judiciales. Aduce igualmente que la condena a la demolición no puede extenderse al cooperador necesario, sólo puede ser alcanzar al autor del hecho. En todo caso, arguye que no debería responder de la demolición de la segunda planta, correspondiente al Modificado nº 1, en cuyo proyecto no tuvo ninguna intervención, pues se encontraba en situación de baja laboral.

Las impugnaciones relativas a la orden de demolición han sido ya resueltas. Plantea como argumentación novedosa la no procedencia de la condena a la demolición dispuesta en el artículo 319.3 del Código Penal a quien ha sido condenado no como autor, sino a título de cooperador necesario en la realización de la obra, extremo que debe descartarse al no efectuarse excepción alguna al régimen general de autoría establecido en el artículo 28 del Código Penal, y en segundo lugar. Respecto al proyecto Modificado nº 1, dado que no comenzó a realizarse las obras contempladas en el mismo, evidentemente resulta irrelevante la falta de intervención, y por ende de condena, del apelante por el segundo delito de prevaricación urbanística a efectos de la obligación de demoler.

## RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE D. NORBERTO PLASENCIA VIZCAÍNO

TRIGESIMOSEGUNDO.- La parte apelante impugna la sentencia que condena a su defendido como autor responsable de dos delitos de prevaricación del artículo 320.2 del Código Penal en relación al la aprobación del proyecto Fase II y de su modificado nº1 y como autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio. formula un total de cinco motivos de impugnación. Se reproducen las alegaciones primera, segunda, cuarta y quinta del escrito de recurso formulado por la representación coincidente de la acusada D.<sup>a</sup> Loreto Aritz Alonso, e introduce como único matiz diferenciador, el recogido en el apartado C de la alegación tercera y que va referido a la actuación del acusado Norberto Plasencia Vizcaíno.

En este último extremo, entiende el apelante que su no condición de promotor impide que pueda ser considerado sujeto activo del delito contra la ordenación del territorio. Y en cuanto al delito de prevaricación urbanística se apoya en, de una parte, en la posición que ocupaba en el momento de los hechos, y de otra, en la complejidad de un proyecto ganador de un concurso de ideas, reconociendo que si bien participó en reuniones previas que trataron sobre el proyecto y se celebraron en las ciudades de Paris y Barcelona, no participó en la elaboración del convenio, y que en definitiva, votó a favor como todos los demás, incluido José Ángel Martín Bethencourt, (actual consejero director y concejal de urbanismo), quien votó en el Consejo Rector de 13-4-2007, y otros consejeros de partidos políticos de la oposición. En todo caso, considera que las infracciones o defectos padecidos no consisten sino en irregularidades no invalidantes que, según la jurisprudencia, sólo pueden ser juzgadas en su pretendida ilegalidad dentro de contexto de un trámite administrativo, a corregir en vía contencioso administrativa. Su actuación, en todo caso, no estaría guiada por un interés propio o particular, sino para lograr la efectividad de un proyecto que se consideraba de capital importancia para los ciudadanos.

En relación con la posibilidad de que personas no profesionales de la construcción puedan ser sujetos activos del delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en el artículo 319 del Código Penal, ha de estarse a lo ya resuelto al examinar el recurso interpuesto por la representación de D. Manuel Parejo Afonso. La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Nº 1.250/2011, de 26 de junio señaló que ".sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional." Y, la más reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 54/2012, de 7 de febrero, en relación a la condición de promotor, siguiendo la doctrina de dicha sala, declaró lo siguiente: "En cuanto al concepto de promotor, la doctrina jurisprudencial desde la STS 1250/2001, 26.6, corroborada posteriormente por la

sentencia 690/2003, 14.5 , viene considerando que como la Ley de Ordenación de la edificación de 1.999 considera que promotor lo puede ser cualquiera, incluso ocasionalmente, la figura del promotor parte de una realidad preexistente, no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que en el ámbito del artículo 319 será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, propugna o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación. para sí o para su posterior enajenación”.

En cuanto a su participación a título de autos en el delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 320.2 del Código Penal, la resolución apelada valora adecuadamente la prueba practicada que acredita el comportamiento activo, consciente y concertado del acusado para la aprobación y realización del Proyecto inicial, así como para la aprobación del Proyecto Modificado nº 1. El apelante, en su declaración sumarial, si bien objetó que desconocía de los detalles técnicos, demostró un preciso conocimiento del proyecto en relación a plantas de altura, rasantes, volumetría y otros aspectos particulares. En dicha declaración, el acusado se excusó so pretexto de que la acción de votar es un acto político y que votó como uno más dando por hechos que las autorizaciones “estaban” actuando confiando en los informes favorables de los técnicos. Frente a ello, la juzgadora de instancia explica en la sentencia los motivos por los que llega a la convicción de que el apelante actuó siendo consciente de las irregularidades previas a la aprobación y las que se sucedieron durante la tramitación del expediente así como de la carencia de las autorizaciones necesarias para llevar a cabo las obras contenidas en el proyecto aprobado, entendiéndolo acreditado que actuó movido con la clara intención de anteponer su interés propio y particular en ejecutar el mismo, al interés general. Se pone así de manifiesto su intensa participación en el expediente administrativo, e incluso antes de iniciarse, pues junto con Manuel Parejo Alfonso y Loreto Ariz Alonso, fue uno de los responsables que desplegó una mayor actividad. Y esa actuación se inscribe dentro de sus funciones en la Gerencia Municipal de Urbanismo. Conforme ha declarado el propio apelante y confirmó el coacusado D. Epifanio Gómez Sánchez, D, Norberto participó en los contactos necesarios para llevar a cabo la modificación del Frente de La Playa de Las Teresitas , durante los cuales se produjeron varias reuniones con el arquitecto Dominique Perrault y Medio Ambiente a las que asistió, a efectos de concretar los aspectos del Convenio que se iba a suscribir y que a cambio de la autorización de La Dirección General de Costas para la ejecución del proyecto Fase II, que suponía la invasión de dominio público, La Corporación Local tenía que ceder una serie de terrenos, renunciar a la concesión administrativa que tenía sobre la playa, debiéndose proceder, además, a la modificación del deslinde. Tales gestiones previas resultan sumamente significativas en cuanto comportan que el acusado adoptó una labor de impulso del proyecto en el ejercicio de su cargo municipal, debiendo inferirse que, con independencia de su titulación profesional, no era en absoluto ajeno a la situación concreta en la que se encontraba la negociación con la Dirección General de Costas, constándole por tanto

de manera fehaciente que se requerían autorizaciones y una acomodación previa de la realidad existente. Tal posición desde luego permite diferenciar su intervención en la sesión del Consejo Rector, de las intervenciones en la misma del Gerente y del Secretario de la Gerencia Municipal de Urbanismo. Ciertamente los mismos no formularon advertencia u objeción alguna ni en dicha sesión que aprobó el Proyecto inicial, ni tampoco en las restantes ocasiones en las que asistieron a las sesiones del consejo, pero en modo alguno consta que tuvieran un conocimiento mínimamente detallado del expediente, pues no asistieron a ninguna reunión previa. De otra parte, tampoco los mismos realizaron actos posteriores individualizados tendentes a posibilitar la ejecución de las obras y que pudieran constituir indicios de una intención proceder por vías de hecho a la realización de un proyecto que desde el momento de su aprobación adolecía de irregularidades insolubles que se pusieron de manifiesto en la tramitación del expediente.

En todo caso, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2013: “es indiferente a estos efectos que ninguno de los miembros del consejo presentes, (en este caso ni el Secretario ni el gerente), realizaran advertencias de posible ilegalidad, pues ello, no se aprecia que pudiera afectar al elemento del tipo subjetivo”.

Atendiendo al informe elaborado por el testigo Joaquín Castro Brunetto, en su condición de Director General de Organización, planificación estratégica y régimen interno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, el acusado ostentó el cargo de concejal del grupo de gobierno municipal desde el año 1995 al año 2003, ocupando la Concejalía de Infraestructuras y obras, delegación que abarcaba la facultad de dirigir y gestionar el Servicio de Proyectos urbanos, infraestructuras y obras de La Gerencia Municipal de Urbanismo, periodo durante el cual, según afirmó el coacusado Manuel Parejo, se produjeron los contactos necesarios para llevar a cabo la modificación del Frente de La Playa de Las Teresitas y se produjeron varias reuniones con el arquitecto Dominique Perrault, a las que el apelante asistió. Desde el año 2003 hasta el día 7 de enero de 2005 el acusado ocupó la Concejalía de Servicios Públicos, y desde esa fecha hasta el año 2011 pasó nuevamente a la concejalía delegada de la materia de infraestructuras y obras, delegación que abarcaba la facultad de dirigir y gestionar el Servicio de Proyectos urbanos, infraestructuras y obras de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

Por consiguiente, asistió, votando a favor, al Consejo Rector de 17 de diciembre de 2004 en su condición de concejal de Servicios Públicos. No cabe pretender desconocimiento del Proyecto ni de las irregularidades omitidas en los informes acompañados a la sesión de dicho organismo, resultando patente que el informe urbanístico emitido por Epifanio Gómez Sánchez era manifiestamente insuficiente para conocer de modo preciso si el proyecto cumplía o no con la normativa de ordenación territorial y urbanística aplicable, no haciéndose hacia referencia alguna ni en ese informe ni en los informes de D.<sup>a</sup> Loreto Ariz Alonso y de D.<sup>a</sup> Candelaria Benitez

Reyes, a la afección de bienes demaniales a resultas de la realización del proyecto que se aprobaba.

Asistió en segundo lugar, votando igualmente a favor, a la sesión del Consejo Rector de 10 de noviembre de 2005 por la que se aprobó el expediente de contratación, en su condición de concejal delegado en materia de Proyectos Urbanos, Infraestructura y Obras, área integrada en la gerencia municipal de urbanismo que tramitó el expediente administrativo. Asistió votando a favor igualmente a la constitución de la mesa de contratación, apertura de plicas, y sesiones posteriores de 14 de octubre de 2006 en la que se acordó el pliego de condiciones económico administrativas, en su condición de concejal delegado en materia de Proyectos Urbanos, Infraestructura y Obras, área integrada en la gerencia municipal de urbanismo que tramitó el expediente administrativo. Asistió votando a favor a la sesión de 8 de junio de 2006 en la que se acordó aprobar la adjudicación de las obras a la entidad OHL S. A, en su condición de concejal delegado en materia de Proyectos urbanos, Infraestructura y Obras, área integrada en la gerencia municipal de urbanismo que tramitó el expediente administrativo. Posteriormente asistió votando a favor a la sesión del Consejo Rector de 13 de abril de 2007, de autorización de redacción del proyecto modificado, en su condición de concejal delegado en materia de Proyectos urbanos, infraestructura y obras, área integrada en la Gerencia Municipal de Urbanismo que tramitó el expediente administrativo. Finalmente asistió, votando a favor, a la sesión del Consejo Rector de 29 de octubre de 2007 que aprobó el proyecto modificado N° 1, en la que tuvo una activa intervención, explicando en la misma la necesidad del proyecto modificado, silenciando no sólo los problemas generados a raíz del proyecto inicial sino las propias deficiencias que presentaba la modificación aprobada.

El apelante en consecuencia participó activamente en el expediente administrativo de contratación y en las sucesivas actuaciones que tuvieron lugar hasta que se paralizaron las obras, habiendo afirmado la acusada D.<sup>a</sup> Loreto Ariz Alonso en su declaración sumarial que recibía directrices de los responsables políticos de La Gerencia Municipal de Urbanismo y de su concreto servicio, del que era responsable el apelante. El proyecto se aprobó y se procedió inmediatamente a su ejecución. De hecho fue el acusado quien, a fin de levantar al menos “formalmente” el reparo, el 6 de noviembre de 2006, levantó acta de replanteo previa, hecho sobre el que llama la atención la juzgadora, pues del contenido del citada acta se deduce con claridad que conocía de la afectación del proyecto a los bienes demaniales y necesidad de autorización preceptiva, y ello cuando afirmó, no ajustándose a la verdad, que se contaba con “todas las autorizaciones y licencias” (folio 1944 y siguientes, Tomo V). Las obras se iniciaron, fueron denunciadas por la asociación ATAN y aún no se había levantado el segunda reparo de la intervención, cuando el servicio que dirigía el apelante continuó el expediente con su intervención, iniciándose los trámites para la aprobación del segundo proyecto Modificado N° 1.. emitiendo igualmente voto favorable al mismo.

En virtud de lo expuesto, ha de confirmarse en este extremo la resolución apelada, extendiéndose al apelante las revisiones efectuadas en cuanto a la calificación del delito contra la ordenación del territorio, la relación concursal del mismo con el primer delito de prevaricación y la concreción de la pena de inhabilitación especial para cargo público impuesta.

Finalmente, y en coherencia con lo declarado al examinar el recurso interpuesto por la misma defensa en relación con la acusada D.<sup>a</sup> Loreto Aritz Alonso, parece inexcusable una mención a las al menos desafortunadas expresiones formuladas por la defensa del apelante en su escrito de recurso, las cuales se transcriben literalmente: en la página 19, “Quinto.- Sobre el acuerdo de demolición de las obras, que en la sentencia se consideran ilegalizables, sin fundamento legal o jurisprudencial alguno, sino en base a la opinión personal de la juzgadora, rayana en la negligencia o ignorancia inexcusable “, omitiendo manifiestamente que se ha probado...”; y en la página 20 , “ Pero lo que realmente hace merecedora a la juzgadora de la afirmación de negligencia o ignorancia inexcusable, es el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial,...”. Nos encontramos ante descalificaciones gravísimas, pues suponen la atribución de una conducta delictiva, no amparadas en el derecho de defensa e impropias del discurso exigible a un Letrado en su ejercicio profesional, por lo que al menos procede remitir a la comisión disciplinaria del Colegio de Abogados de esta capital a los efectos oportunos testimonio de la presente sentencia así como del recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder a Ilma Sra. Magistrada destinataria de tales afirmaciones.

#### RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE D.<sup>a</sup> CANDELARIA BENÍTEZ PÉREZ

TRIGESIMOTERCERO.- La parte apelante presenta en su recurso cuatro alegaciones. En primer lugar pretende la declaración de la nulidad parcial de las actuaciones por vulneración del Art 24 CE en la valoración de la prueba, por ausencia de análisis de la pericial de José A. Melián de la Viceconsejería de Ordenación del Territorio, y ausencia de referencia alguna al iter que ha llevado a la prueba de cargo a un relato de hechos exclusivamente incriminatorio.

Como se observa, en el desarrollo de la impugnación por esa supuesta falta de motivación se transcriben las razones expresadas en la sentencia por las que la juzgadora de instancia decide no otorgar validez al parecer de D. José A. Melián, o al menos preferir las conclusiones expuestas por los peritos que elaboraron el informe aportado por la APMUN. Por consiguiente, debe descartarse inequívocamente un incumplimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales vedado por el artículo 120.3 de la Constitución Española y que podría conformar una causa de nulidad en caso

de generarse efectiva indefensión. Sin embargo, en el presente caso, la juzgadora realiza una valoración conjunta de la abundante prueba practicada en sede del plenario, expresando de manera suficiente y ordenada las razones por las que la consideración de pruebas de cargo aptas para enervar el principio de presunción de inocencia a los informes periciales aludidos. Cuestión distinta es la discrepancia de las partes hacia la ponderación efectuada en la resolución apelada, y que precisamente es posible vertebrar gracias a la motivación contenida en la misma, la cual debe ser encauzada por la vía de error en la valoración de la prueba, y es por este cauce donde deben ser analizadas las pretensiones relativas a otorgar preferencia a las conclusiones alcanzadas por ciertos profesionales sobre las acogidas en la narración de hechos declarados probados.

TRIGESIMOCUARTO.- En segundo lugar, la parte apelante alega la indebida aplicación del artículo 319 CP., considerando que dada la condición de la imputada deviene atípica su conducta tras la reforma de la norma sustantiva efectuada por la LO 5/2010, de 22 de junio. por restringir el sujeto activo a los profesionales de la construcción. Basta respecto de esta impugnación la remisión a lo ya señalado en esta resolución sobre la interpretación jurisprudencia de los conceptos de promotores y constructores empleados por el precepto, el cual no ha visto modificada su redacción en cuanto a la definición del sujeto activo con la reforma mencionada.

TRIGESIMOQUINTO.- Como tercer motivo de impugnación se alegan una serie de objeciones a la sentencia de instancia que tendrían como común denominador la inexistencia de los presupuestos objetivos del delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en el artículo 319.1 del Código Penal, argumentándose que no se ha construido sobre suelo especialmente protegido, que la obra realizada cumple con la legalidad, o subsidiariamente, es autorizable, así como que la parte del proyecto que no se ha ejecutado es irrelevante a los efectos de la consumación del delito del 319 CP.

Además, y como alegación que debe ser considerada subsidiaria, señala que no procede acordar la demolición total al amparo del apartado tercero del artículo 319 del Código Penal, puesto que, según los peritos de la APMUN informante, se puede demoler parcialmente la obra realmente ejecutada para restablecer la legalidad urbanística.

Todas estas cuestiones han sido ya examinadas y resueltas en este recurso, habiéndose tomado en consideración las manifestaciones formuladas por la apelante, por lo que debe estarse a lo ya dicho.

TRIGESIMOSEXTO.- Finalmente, la apelante sostiene que no procede la condena como autora del delito de prevaricación del artículo 320.1 CP.. aduciendo que la sentencia no acredita la existencia de dolo por parte de la acusada en momento de tomar la decisión, es decir, de emitir su informe, al no existir a su juicio elemento de prueba que acredite la existencia de instrucciones ni consignas para proceder en la

forma en que se hizo, y el dolo debe abarcar la ilegalidad de la actuación, lo que no ocurre en el caso de autos, añadiendo que la documentación aportada acredita que la recurrente se había incorporado a su puesto de trabajo tan sólo dos meses antes de la emisión del informe por el que resulta condenada.

D.<sup>a</sup> Candelaria Benítez Reyes ha sido condenada como autora de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal, en tanto que se prestó a la emisión de un informe contrario de manera evidente a la legislación aplicable en la materia, un informe de contenido jurídico con fecha de 14 de diciembre de 2004 a tenor del cual la ahora apelante “en su condición de técnico de la coordinación administrativa del Servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras, y partiendo de los dos informes anteriores, acuerda someter el expediente a conocimiento y resolución del Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo, con propuesta de 1) Aprobar el Proyecto de Ordenación del Frente Marítimo "Playa de Las Teresitas", zona San Andrés y que comprende Fase zona Playa de las Teresitas y fase acceso a Playa y Complementos debiendo ser supervisado por el Servicio de proyectos Urbanos, infraestructuras y Obras antes de la tramitación de las obras al objeto de que se verifiquen en ese momento las condiciones que pueda imponer el Ministerio de Medio Ambiente y los que se deriven de la normativa vigente”. Se considera en la resolución apelada que ese informe no debe considerarse ni suficiente, en cuanto al fondo, ni ajustado al procedimiento a seguir”.

En su declaración sumarial (folios 3786 y siguienteS, Tomo V II), introducida en el acto del plenario por medio de su lectura y sometida a la oportuna contradicción, y habiéndose acogido en el plenario a su derecho a guardar silencio, la acusada manifestó que no le competía informar sobre la existencia de las autorizaciones pertinentes.,al tratarse de unos proyectos de urbanización y edificación que afectaba a zonas de servidumbre de protección, tránsito y parte del dominio público marítimo terrestre. Añadió que había sido Loreto Ariz, la jefa de servicio, quien le había entregado su informe e incluso que le había informado del orden del día de la sesión del Consejo Rector de 17 de diciembre de 2004.

Ciertamente la situación de la apelante es en alguna medida diferente de la de los otros dos técnicos informantes igualmente condenados, D.<sup>a</sup> Loreto Ariz y D. Epifanio Gómez. A diferencia de estos, no intervino en ninguna negociación relativa al proyecto presentado a aprobación, pudiéndose admitir que incluso había permanecido en situación de baja laboral hasta dos meses antes de la reunión del Consejo Rector. Además, D.<sup>a</sup> Candelaria no realizó actuación alguna posterior referente a la ejecución del expediente para la realización de las obras, no haciéndose alusión alguna a la apelante en el relato de hechos probados desde el día 17 de diciembre de 2004 hasta la paralización de los trabajos. No obstante, si bien los comportamientos anteriores y posteriores de los dos técnicos anteriormente mencionados aportaron indicios relevantes de la emisión dolosa del informe favorable emitido por cada uno, en el caso de D.<sup>a</sup> Candelaria refrenda idéntica conclusión su participación con motivo de la reacción por

parte de la Gerencia Municipal de Urbanismo al requerimiento realizado por la Demarcación de Costas, pues la misma fue autora, con el conforme de Loreto Ariz como Jefa del Servicio y el VºBº de la acusada Luz Reverón como Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo en aquel momento, del informe de fecha 11 de febrero de 2008 por el que se solicitaba de La Demarcación de Costas que se pronunciara sobre los títulos habilitantes para llevar a cabo las obras. Igualmente, D.<sup>a</sup> Candelaria, en su misma condición de jurista del Servicio, interesó con fecha de 11 de agosto de 2008, interesó de La Viceconsejería de Ordenación del Territorio, de conformidad con lo previsto en el D171/2006 de 21 de noviembre, autorización para la ejecución del edificio inacabado contenido en el proyecto, en la medida que afectaban a la servidumbre de protección (folio 2435, Tomo V).

En consecuencia, decae la objeción de falta de competencia sobre la materia para informar con la que trata de ampararse la apelante, pues en su calidad de jurista del Servicio omitió en su informe las deficiencias que presentaba el Proyecto y que afectaban a la legalidad del mismo, particularmente la afección a bienes demaniales y terrenos incluidos en la zona de servidumbre de protección marítimo terrestre, obviando la falta de las preceptivas autorizaciones.

Por consiguiente, ha de considerarse que concurre el elemento intencional necesario para considerar que con la emisión de su informe incurrió en el delito tipificado en el artículo 320.1 del Código Penal, así como que con dicha emisión contribuyó de manera esencial e insustituible a posibilitar la comisión del delito contra la ordenación del territorio, dado el carácter preceptivo del informe jurídico, si bien en un grado menor que el de los otros técnicos informantes, tanto por su puntual aportación como por su posición subordinada, reflejándose estas circunstancias en la imposición a la misma por la sentencia de instancia de la pena mínima aplicable.

#### CONSIDERACIONES RELATIVAS A LAS PENAS IMPUESTAS A LOS SEIS ACUSADOS APELANTES

TRIGESIMOSÉPTIMO.- Dada la modificación de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, procede determinar los efectos penológicos que esa alteración pudiera comportar en su caso.

Se plantea la cuestión de si es posible aplicar en nuestro caso la doctrina de la pena justificada. Conforme a lo dispuesto por [la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección 1ª](#), [sentencia núm. 423/2014 de 28 mayo](#), la "pena justificada" surgiría cuando la impuesta es la mínima imponible, pero no cuando la impuesta es una de las penas que pudieran resultar imponibles, y esto sucederá singularmente cuando la pena resultante sea la mínima posible con arreglo tanto a la sentencia impugnada, como a la que hubiera sido procedente. Dicho en otros términos, podemos hablar de pena justificada y falta de practicidad del recurso cuando se llegue a la conclusión de que también contando con una nueva atenuación apreciada o una subsunción jurídica más

beneficiosa en el ejercicio del arbitrio judicial llevaba -y no simplemente "podía llevar"- a idéntico resultado. En cualquier caso sería aventurado pronosticar qué hubiera hecho el Tribunal de instancia de haber partido de la calificación correcta de los hechos.

En otras resoluciones, así la Sentencia de la Sala 1ª núm. 657/2012 de 19 julio, el Tribunal Supremo analiza la doctrina de la pena justificada, señalando que la misma ha de ser objeto de ciertas modulaciones. La [STC 12/1981 de 10 de abril](#) aceptándola, insistió en que no podía afectar al derecho de defensa. Cuando la rectificación sustantiva suponía introducir un delito heterogéneo, la doctrina de la pena justificada no convalidaba la condena errónea por implicar una merma del derecho a ser informado de la acusación. Sentencias posteriores del TC han vuelto sobre esa doctrina. La [STC 205/1989, de 11 de diciembre](#) invita a desterrar especulaciones en la forma de razonar por la que transita la doctrina de la pena justificada. Es aventurado pronosticar qué hubiese hecho el Tribunal de instancia de haber partido de la calificación correcta de los hechos. " No puede, por tanto, - explica la sentencia- justificarse la vulneración constitucional en que incurrió el Tribunal de instancia con el argumento de que la pena señalada al demandante podía haber sido impuesta, aunque no se hubiera apreciado la agravante, puesto que dicha pena excede de los límites de la facultad de graduación de la pena, que corresponde al Tribunal sentenciador y no es de aceptar tal argumento, porque no existe dato alguno que permita sostener que la agravación de la pena viniera motivada en circunstancia distinta a la de la reincidencia y, por tanto, es de suponer que, de no apreciarse esta agravante, el Tribunal hubiera dado al demandante el mismo trato punitivo que a los otros coprocesados, cuya acusación se formuló en idénticos términos que la dirigida contra él, y, además, la graduación de la pena corresponde al Tribunal de instancia y, por tanto, debe ser este Tribunal el que, eliminada la posibilidad de que pueda apreciar la reincidencia, proceda a señalar la que corresponde al demandante, que podría ser distinta de la de los otros acusados en el supuesto de que la Audiencia Provincial, en uso conforme a la Ley de su potestad jurisdiccional, aprecie la concurrencia de otras circunstancias que, dentro de los límites de la acusación, le autorice razonablemente a graduar la pena de manera diferente a como lo hizo con los otros dos acusados".

La reciente [STC 21/2008, de 31 de enero](#) incide también en esta materia aunque de forma transversal. Si se atiende a su contenido se desprende una clara conclusión: la doctrina de la pena justificada no puede convertirse en un expediente para soslayar la necesaria motivación en la fijación de una concreta pena. Si la motivación en la instancia se realizó sobre unas bases erróneas (porque no se contó con una atenuante); y en vía de recurso se concluye que la pena era imponible pese a proceder la atenuación, se habrá privado al recurrente no formalmente, pero sí materialmente de una motivación correcta que arranque de presupuestos reales. La inicial motivación se derrumba si hemos quitado uno de sus pilares o hemos modificado sus presupuestos o añadido algo tan relevante como es la apreciación de otra atenuante. En casación al dictar la segunda

sentencia obligada al apreciarse un motivo ex artículo 849.1º, ha de realizarse una nueva individualización penológica sobre las nuevas bases sustantivas al recuperar esta Sala la instancia. Sería posible mantener la pena impuesta razonándolo expresamente, pues, en efecto, es una pena imponible. Eso es lo que sugiere el [ATC 22/2007, de 29 de enero](#) admitiendo incluso una motivación implícita o deducible del contexto. Pero lo que no es posible es hurtar al justiciable a través de una cómoda interpretación de la doctrina de la pena justificada (que ha estado presente en la jurisprudencia de esta Sala en ocasiones) una decisión individualizadora de la pena realizada motivadamente y sobre bases correctas y no erróneas y corregidas solo "formalmente"

Aplicando ese criterio individualizador, el Alto Tribunal afirmó en la anteriormente mencionada sentencia 423/2014 de 28 mayo que no era posible en el caso enjuiciado pretender la imposición de la mínima legal por lo que, sin perder de vista la practicidad del recurso, no procederá revocar la sentencia en este punto, pero no por que se trate de un caso de pena justificada, sino a la individualización que compete llevar a cabo al Tribunal, en atención a las circunstancias concurrentes, concluyendo que la pena debe mantenerse y aún debiera ser superior en estricta aplicación del principio de proporcionalidad, pero el principio de "non reformatio in peius", impone el mantenimiento de la sentencia en sus propios términos. En suma, ante la ausencia de practicidad del motivo procede su desestimación.

En el caso de autos, la revisión de la subsunción jurídica de los hechos declarados probados afecta a los seis condenados en la instancia respecto del delito contra la ordenación del territorio, pues se entiende aplicable no el apartado primero sino el apartado segundo del artículo 319 del Código Penal, así como respecto del primer delito de prevaricación urbanística del artículo 320 del Código Penal, apreciándose conforme al artículo 77 del texto sustantivo una concurso medial entre ambas infracciones. La pena privativa de libertad a imponer por dicha relación concursal sería la correspondiente al delito castigado con pena mas grave a fecha de los hechos, el delito del artículo 319.2, en su mitad superior, de manera que estaría comprendida entre el año y tres meses de prisión y los dos años.

Por lo que se refiere a los apelantes D. Manuel Parejo Afonso y D.<sup>a</sup> Loreto Aritz Alonso, se les condena a un año de prisión por el delito de prevaricación y un año de prisión por el delito contra la ordenación del territorio. Por ello, bien por la vía de la punición del delito más grave en su mitad superior como por la vía de la punición por separado de ambas infracciones, el resultado final de dos años resulta dentro de la escala aplicable. En cuanto al resto de los apelantes, a D. Dámaso Norberto Plasencia y a D. Epifanio Gómez Sánchez, se les condena a nueve meses de prisión por el primer delito de prevaricación y nueve meses de prisión por el delito contra la ordenación del territorio, por lo que el resultado final de dieciocho meses se encuentra comprendido

dentro de la escala aplicable e incluso en la mitad inferior de la misma; y finalmente a D. José Domínguez Pastor y a D.<sup>a</sup> Candelaria Benítez Reyes se les condena a seis meses de prisión por el primer delito de prevaricación y a seis meses de prisión por el delito contra la ordenación del territorio, de manera que les resulta más beneficiosa la punición por separado de ambas infracciones, aplicándoles la pena mínima prevista para cada una de ellas.

En consecuencia, la analizada doctrina de la pena justificada sería plenamente de aplicación a D. José Domínguez Pastor y a D.<sup>a</sup> Candelaria Benítez Reyes. En cuanto al resto de los apelantes, D. Manuel Parejo Afonso, D.<sup>a</sup> Loreto Aritz Alonso, D. Dámaso Norberto Plasencia y D. Epifanio Gómez Sánchez, la suma final de las penas impuestas en la sentencia de instancia atendiendo a la calificación revisada no sólo se encuentra comprendido, como se ha expuesto, dentro de la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave, sino que resulta plenamente procedente a la vista de las circunstancias concurrentes, revelándose un comportamiento por parte de los mismos groseramente despreciativo de las más elementales reglas de actuación en relación de un proyecto de edificación y unas obras de gran envergadura económica y considerable repercusión social en la ciudad de Santa Cruz de Tenerife que afectaban, amén de a una zona costera sensible, a uno de los principales entornos de ocio de la isla. Por ello se encuentran justificadas la imposición de la pena en su extensión máxima a D. Manuel Parejo Afonso, D.<sup>a</sup> Loreto Aritz Alonso, quienes desempeñaron un papel protagónico en las conductas delictivas desde sus respectivas funciones en la Gerencia Municipal de Urbanismo, y la imposición de la pena dentro del tramo inferior pero en su extensión máxima a D. Dámaso Norberto Plasencia y D. Epifanio Gómez Sánchez, quienes desarrollaron una conducta infractora activa u omisiva persistente en el ámbito de sus competencias.

En suma, ante la ausencia de practicidad del motivo procede su desestimación, si bien dejando constancia de la revisión de la subsunción jurídica de los hechos declarados probados.

TRIGESIMOCTAVO.-

Se declaran de oficio las costas del recurso.

**FALLO**

**Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación parcial de los Recursos de apelación interpuestos por las representaciones de los condenados MANUEL PAREJO ALFONSO, EPIFANIO GÓMEZ SÁNCHEZ, DÁMASO NORBERTO PLASENCIA VIZCAÍNO, LORETO ARIZ ALONSO, CANDELARIA**

BENÍTEZ PÉREZ y JOSÉ DOMÍNGUEZ PASTOR contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Santa Cruz de Tenerife, en fecha de 19 de febrero de 2014, por delitos de prevaricación urbanística y contra la ordenación del territorio, que revocamos y anulamos parcialmente, y en consecuencia:

**Debemos condenar y condenamos** a MANUEL PAREJO ALFONSO, DÁMASO NORBERTO PLASENCIA VIZCAÍNO Y JOSÉ DOMÍNGUEZ PASTOR como autores de DOS DELITOS DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA del artículo 320.2 del Código Penal y un DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO del artículo 319.2 y 3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la penas, en relación a Manuel Parejo Afonso, UN AÑO DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público por cada uno de los dos primeros delitos y UN AÑO DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y un año de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tercer delito; a Dámaso Norberto Plasencia, NUEVE MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público por cada uno de los dos primeros delitos y NUEVE MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y un año de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tercer delito; a José Domínguez Pastor , SEIS MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público por cada uno de los dos primeros delitos y SEIS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y un año de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tercer delito.

**Debemos condenar y condenamos** a LORETO ARIZ ALONSO como autora penal y civilmente responsable de DOS DELITOS DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA del artículo 320.1 del Código Penal y UN DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO del artículo 319. 2 y 3 del Código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público por cada uno de los dos primeros delitos y UN AÑO DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y un año de inhabilitación para empleo o cargo público por el tercer delito.

**Debemos condenar y condenamos** a EPIFANIO GÓMEZ SÁNCHEZ Y CANDELARIA BENÍTEZ PÉREZ como autores de UN DELITO DE

PREVARIACIÓN URBANÍSTICA del artículo 320.1 del Código Penal y, como cooperadores necesarios de un DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO del artículo 319.2 y 3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, debiendo imponerle a Epifanio Gómez Sánchez NUEVE MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el primer delito y NUEVE MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cond un año de inhabilitacion especial para empleo o cargo público por el segundo delito; a Candelaria Benítez Reyes, SEIS MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y siete años de inhabilitacion especial para empleo o cargo público d por el primer delito y SEIS MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y un año de inhabilitacion especial para empleo o cargo público por el segundo delito.

Respecto de los condenados MANUEL PAREJO ALFONSO, DÁMASO NORBERTO PLASENCIA VIZCAÍNO Y JOSÉ DOMÍNGUEZ PASTOR las penas de **inhabilitación especial** para empleo o cargo público comprenden en todos los casos la privación definitiva de los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal o cualquier otro de naturaleza electiva desempeñado, así como la incapacidad para obtener durante un plazo de siete años cualquier cargo o empleo público, sea o no electivo, en el ámbito municipal, insular, autonómico y estatal que comporte la asunción de competencias de decisión o gestión en los ámbitos medioambiental y urbanístico.

Respecto de los condenados LORETO ARIZ ALONSO, EPIFANIO GÓMEZ SÁNCHEZ Y CANDELARIA BENÍTEZ PÉREZ la pena de **inhabilitación especial** para empleo o cargo público comprenderá la privación definitiva del cargo o empleo público desempeñado , así como la incapacidad para obtener durante un plazo de siete años cualquier cargo o empleo público, sea o no electivo, en el ámbito municipal, insular, autonómico y estatal que comporte la asunción de competencias de asesoramiento o gestión en los ámbitos medioambiental o urbanístico.

Se acuerda la **DEMOLICIÓN** de la obra ejecutada en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Décimo de la presente resolución, debiendo procederse a cargo de los condenados y por partes iguales a la demolición de la estructura del edificio de aparcamientos y locales comerciales de acuerdo con los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Se mantiene el resto de pronunciamientos de la Sentencia de instancia, en concreto los referidos a las costas de la instancia.

Remítase a la Comisión Disciplinaria del Ilustre Colegio de Abogados de esta capital testimonio de la presente sentencia así como de los recursos de apelación interpuestos por la defensa de los acusados D.<sup>a</sup> Loreto Aritz Alonso y D. Dámaso Norberto Plasencia a los efectos expuestos en los Fundamentos de Derecho Vigésimotercero y Trigesimosegundo de la presente resolución.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Estando presente yo, el/la Secretario/a Judicial, la anterior sentencia fue leída y publicada, en el día de la fecha, por el Magistrado-Juez que la suscribe, mientras celebraba Audiencia Pública. Doy fe.