



**REMITENTE:** Sección Segunda de la Audiencia Provincial. Santa Cruz de Tenerife

**DESTINATARIOS**

<u>Nombre</u>	<u>Nº colegiado</u>	<u>Colegio</u>
Juan Porfirio Hernandez Arroyo	113	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
Rafael Hernandez Herreros	93	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife

**DATOS DEL ROLLO**

NIG: 3802631220020002774  
Orden Jurisdiccional: Penal  
Rollo: Apelación sentencia delito 0001221/2016

**RESOLUCIÓN NOTIFICADA**

SENTENCIA TEXTO LIBRE ABSOLUTO



SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
Avda. Tres de Mayo nº3  
Santa Cruz de Tenerife  
Teléfono: 922 20 86 50 - 57 - 922 20 89 37  
Fax: 922 20 86 49  
Email: s02audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Sección: EST  
Rollo: Apelación sentencia delito  
Nº Rollo: 0001221/2016  
NIG: 3802631220020002774  
Resolución: Sentencia 000294/2017

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000323/2015-00  
Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife

<u>Intervención:</u> Denunciante Apelante	<u>Interviniente:</u> IPO - LOS VERDES Ambrosio Jimenez Quintana	<u>Abogado:</u> Pedro Fernandez Arcila Maria Jesus Borges Cabrera	<u>Procurador:</u> Rafael Hernandez Herreros Juan Porfirio Hernandez Arroyo
Apelante	Isaac Valencia Dominguez	Esteban Sola Reche	Juan Porfirio Hernandez Arroyo
Apelante	Juan Carlos De Tomas Marti	Esteban Jesus Casanova Ruiz	Juan Porfirio Hernandez Arroyo
Perjudicado	BINGOS AC ALEMAN CASIMIRO, S.A.U.		

## SENTENCIA

NOTIFICADO

Presidente

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

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. FERNANDO PAREDES SÁNCHEZ

D./D<sup>a</sup>. ESTHER NEREIDA GARCÍA AFONSO (Ponente)

27-6-17

En Santa Cruz de Tenerife, a 26 de junio de 2017.

Visto, en nombre de S.M., el Rey, ante esta Audiencia Provincial, el Rollo de Apelación número 1221 /2016 procedente del Juzgado de lo Penal nº 5 de Santa Cruz de Tenerife, seguida por los trámites de PROCEDIMIENTO ABREVIADO nº 323/2015, habiendo sido partes, de la una y como apelantes, **D. AMBROSIO JIMÉNEZ QUINTANA**, representado por el Procurador de los Tribunales D. JUAN PORFIRIO HERNÁNDEZ ARROYO y defendido por la letrada DOÑA MARÍA JESÚS BORGES CABRERA ; **D. ISAAC VALENCIA DOMÍNGUEZ**, representado por el Procurador de los Tribunales D. JUAN PORFIRIO HERNÁNDEZ ARROYO y defendido por el letrado D. ESTEBAN SOLA RECHE ; **D. JUAN CARLOS DE TOMÁS MARTÍ**, representado por el Procurador de los Tribunales D. JUAN PORFIRIO HERNÁNDEZ ARROYO y defendido por el letrado D. ESTEBAN CASANOVA RUÍZ; y como apelados, en el ejercicio de la acción popular Grupo Político I.P.O. LOS VERDES y en el ejercicio de la acción pública, el MINISTERIO FISCAL ; y ponente la Ilma. Sra. DOÑA ESTHER NEREIDA GARCÍA AFONSO , quien expresa el parecer de la Sala .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Santa Cruz de Tenerife , con fecha 12/ 8/16, se dictó sentencia , cuyo fallo es del tenor literal siguiente:





“ CONDENO a Ambrosio Jiménez Quintana, como autor criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada del artículo 21.6 del Código Penal, a las penas de 5 meses de prisión, multa de 10 meses, a razón de 10 euros diarios, para un total de 3.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago, inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 5 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 5 meses; así como al pago de un tercio de las costas procesales.

CONDENO a Isaac Domínguez Valencia, como autor criminalmente responsable de delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal en concurso medial con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, a penas por separado de conformidad con el art. 77.3 del Código Penal, a las penas de 1 año de prisión, multa de 14 meses a razón de 10 € diarios para un total de 4.200 €, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago, inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 1 año e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 1 año, por el delito contra la ordenación del territorio; y a las penas de 1 año de prisión, 8 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de 1 año, por el delito de prevaricación urbanística, así como al pago de un tercio de las costas procesales.

CONDENO a Juan Carlos de Tomás Martí, como autor criminalmente responsable de delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal en concurso medial con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas simple del artículo 21.6 del Código Penal, a penas por separado de conformidad con el art. 77.3 del Código Penal, a las penas de 1 año de prisión, multa de 14 meses a razón de 10 € diarios para un total de 4.200 €, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago, inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 1 año e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 1 año, por el delito contra la ordenación del territorio; y a las penas de 1 año de prisión, 8 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de 1 año, por el delito de prevaricación urbanística, así como al pago de un tercio de las costas procesales.

ACUERDO la demolición de 2.137,20 metros cuadrados de la construcción del Trompo. Una vez sea firme la presente resolución, en ejecución de Sentencia, nómbrase a un perito que determine el modo de llevar a cabo la demolición de la obra respetando, en lo máximo que sea posible, los derechos de los titulares de establecimientos en el centro comercial. Condono a Ambrosio Jiménez Quintana, Isaac Valencia Domínguez y a Juan Carlos de Tomás Martí, solidariamente, a sufragar los gastos que se ocasionen por dicha demolición, así como las indemnizaciones que correspondan a cualquier tercero de buena fe afectado por la demolición.”

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declaran probados los siguientes hechos:





“PRIMERO. El presente procedimiento se dirige contra los acusados Ambrosio Jiménez Quintana, Isaac Domínguez Valencia y Juan Carlos de Tomás Martí.

Ambrosio Jiménez Quintana, mayor de edad, sin antecedentes penales, fue el promotor y constructor de la edificación El Trompo.

Isaac Domínguez Valencia, mayor de edad, sin antecedentes penales, fue el alcalde del Ayuntamiento de la Orotava, durante la construcción de la edificación del Trompo.

Juan Carlos de Tomás Martí, mayor de edad, sin antecedentes penales, fue el secretario general del Ayuntamiento de la Orotava durante la construcción de la edificación el Trompo. Juan Carlos de Tomás Martí, funcionario de carrera, continúa en ese puesto.

SEGUNDO. En una fecha no determinada, pero en todo caso con anterioridad a noviembre de 2001, Ambrosio Jiménez Quintana, como administrador único de la mercantil Proyectos Inmobiliarios Las Arenas, promovió y comenzó la construcción de la edificación hoy conocida como el centro comercial “el Trompo”.

En concreto, el 15 de noviembre de 2001, las obras ya se habían iniciado. Se habían realizado movimientos de desmonte y se había comenzado la construcción de pilares. El 15 de febrero de 2002, se había llevado a cabo la cimentación del centro comercial y se habían colocado columnas.

La obra del Trompo se elevó sobre el sector adyacente al Sector 10, según el Plan General de Ordenación Urbana del municipio de la Orotava de 1990, vigente en el momento en que se inicia y desarrolla la construcción; y, sobre un pequeño terreno perteneciente al Sector 10. Según este Plan, el suelo sobre el que mayoritariamente se asentaba este edificio, la parcela anexa al Sector 10, era rústico, potencialmente productivo. El suelo del Sector 10 estaba clasificado como urbanizable, si bien la parte del terreno sobre la que se edificó el Trompo estaba destinado a zonas verdes.

El acusado, Ambrosio Jiménez Quintana, era conocedor de que el Trompo se llevaba a cabo sobre suelo rústico y sobre zonas verdes, esto es, sobre terreno en el que no se podía llevar a cabo una edificación de esa naturaleza. Pese a ello, y pese a conocer que conforme al Plan General de Ordenación Urbana vigente nunca se podría autorizar allí una construcción de esas características, decidió llevarla a cabo.

Este edificio terminó de construirse el 2 de diciembre de 2004, fecha del certificado final de obra.

El nuevo Plan General de Ordenación Urbana aprobado definitivamente el 16 de julio de 2004, denominaría la parcela sobre la que mayoritariamente se construyó el Trompo como Unidad de Actuación de las Arenas. Esta parcela se clasificó como suelo urbanizable no consolidado por la urbanización. El terreno del Sector 10 sobre el que se asentó el Trompo dejó de ser zona verde.

TERCERO. Los agentes de la Policía Local de la Orotava con números de identificación profesional A-31 y A-34, así como el cabo de la Policía Local con número de identificación C-09, realizaron sendas visitas a esta parcela aneja al Sector 10. Estas visitas se realizaron el 15 de noviembre de 2001 y el 15 de febrero de 2002.





Tras estas inspecciones, la Policía local puso en conocimiento del Ayuntamiento que se estaban realizando obras sin contar, aparentemente con licencia. El 3 de mayo de 2002, el aparejador municipal, Melecio Tamajón Hernández, acude a las obras, y describe lo construido como “estructura bajo rasante en su lado sur, lado oeste y parte del lado norte encontrándose en la esquina noroeste “dos alturas”.

A continuación, el Ayuntamiento de la Orotava acuerda, de forma inmediata, la suspensión de la obra.

El 7 de mayo de 2002, el acusado Isaac Valencia Domínguez, como alcalde de la Orotava, con base en las indicaciones del aparejador municipal y en el informe jurídico previo dicta un Decreto por el que adopta las medidas de “mantenimiento” de suspensión de la actividad edificatoria denunciada. Esta construcción fue definida como una “estructura bajo rasante” en un lugar conocido como Polígono Industrial Las Arenas, se le atribuyó a la empresa COINTE SA, que figuraba en el informe como “presunto responsable”. El Decreto especificaba que la suspensión afectaba “en lo que exceda de las previsiones expuestas por el Ingeniero Director de obras de urbanización”.

En consecuencia, el mencionado Decreto requiere al interesado, esto es, al acusado Ambrosio Jiménez Quintana, también administrador de la mercantil COINTE SA, para que en el plazo de 3 meses instase la legalización de la obra. La estructura que se estaba ejecutando se corresponde con los cimientos de lo que posteriormente sería el centro comercial el Trompo.

El 10 de julio de 2002 Ambrosio Jiménez Quintana solicita la licencia de obra mayor para la legalización del edificio el Trompo. A continuación se inicia la tramitación del expediente administrativo que finalizaría con la concesión de la licencia 312/2002, el día 11 de octubre de 2002.

CUARTO. En la tramitación del anterior expediente, los técnicos municipales emitieron el preceptivo informe técnico con fecha 10 de octubre de 2002. El aparejador municipal, Emilio la Roche, con el visto bueno del arquitecto municipal, Fernando Hernández García, se limitó a constatar una serie de incumplimientos (en materia de seguridad contra incendios, alineaciones y rasantes, estudio de seguridad, seguridad e higiene, control de vertidos, actividades clasificadas, ventilación e iluminación...) y a informar sobre la clasificación del suelo como rústico potencialmente productivo.

El expediente no cuenta con el obligatorio informe de los servicios jurídicos municipales del Ayuntamiento. En lugar de este informe, el Ayuntamiento de la Orotava encargó un informe externo al catedrático de Derecho Administrativo, Luciano Parejo Alfonso, ajeno a la corporación municipal.

El objeto del informe consistía en determinar la naturaleza del suelo; si las obras ejecutadas eran compatibles con el planeamiento vigente en aquel momento; y, si estas obras eran susceptibles de legalización.

El 7 de octubre de 2002, los arquitectos Argeo Semán Díaz y Jesús Romero Espeja, que formaban parte del equipo redactor del documento de Revisión del Plan General de Ordenación de Urbana, que se estaba tramitando en el Ayuntamiento de la Orotava, emiten un informe a solicitud del secretario general, el acusado Juan Carlos de Tomás Martí. Este informe





lo suscriben. Este informe, entre otros aspectos, advierte que el nuevo Plan General de Ordenación Urbana está pendiente de aprobación definitiva por lo que todavía se pueden producir *“modificaciones, derivadas del proceso de contestación de las alegaciones y las consideraciones relativas a cuestiones planteadas durante el proceso de información pública, tanto por interés municipal, convenio, gestión urbanística, etc, como por interés supramunicipal”*. Según este informe se desconocía qué tipo de edificación se podría llevar a cabo en cada parcela afectada por la revisión del Plan General y, en concreto, en el terreno ocupado por el Trompo. Esta determinación quedaba a expensas del resultado este proceso de información pública.

Asimismo, en la propuesta y en el expediente de legalización no se tramitó ni se exigió al promotor que se iniciase la tramitación, con carácter previo, la licencia de instalación de la actividad de garajes. La concesión de la licencia no tuvo en cuenta que faltaba la tramitación de esta licencia.

QUINTO. El secretario general del Ayuntamiento, Juan Carlos de Tomás Martí, consciente de que no se habían respetado trámites esenciales del procedimiento administrativo, como la ausencia del informe jurídico de los servicios municipales; y, de que la legalización del edificio no era posible, entre otras razones por la construcción en suelo rústico, elevó una propuesta favorable a la legalización de obras.

Juan Carlos de Tomás Martí, en su propuesta favorable de legalización, se fundamenta, además de en el informe de Luciano Parejo, en las previsiones de que esa zona fuese a convertirse en suelo urbano, puesto que la parcela colindante, el Sector 10, tenía un Plan Parcial específico, el Plan Parcial del Sector 10, que había permitido edificar en esa zona. Previamente había recabado un informe ad hoc, sobre el estado de la consolidación de las obras de urbanización a Melecio Tamajón Hernández, arquitecto técnico municipal.

Juan Carlos de Tomás Martí conocía que, dada la naturaleza del suelo y los usos permitidos, el edificio multiusos objeto del proyecto era incompatible con la normativa urbanística en vigor. Juan Carlos de Tomás Martí también conocía que las obras de urbanización que se habían ejecutado en las inmediaciones no modificaban la calificación del suelo, ni tampoco permitían la edificación en general.

Además, dada la categoría del suelo como rústico potencialmente productivo, no se solicitó el preceptivo trámite de Calificación Territorial que debe otorgar el Cabildo Insular cuando se llevan a cabo construcciones en suelo rústico. Juan Carlos de Tomás Martí también conocía este incumplimiento de la normativa urbanística.

SEXTO. Con base en la propuesta del secretario del Ayuntamiento, el alcalde, Isaac Valencia Domínguez, el día 11 de febrero de 2002, firma el Decreto por el que legalizaba la construcción del Trompo. En este Decreto, se le concede a la edificación la licencia sobre el proyecto de ejecución material con número 312/02, quedando así formalmente legalizada la obra.

Ambas resoluciones, tanto la propuesta del Secretario, como el Decreto del Alcalde por el que se concedía licencia 312/2012 se dictan sin respetar lo dispuesto en el artículo 94 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de 1990 del Ayuntamiento de la Orotava, aprobado el 28 de noviembre de 1990 en el Boletín Oficial de Canarias y los artículos 42 y 43; 62, 1.b), 166 y siguientes del texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio





de Canarias y Espacios Naturales Protegidos aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de Mayo.

SÉPTIMO. Juan Carlos de Tomás Martí e Isaac Valencia Domínguez llevaron a cabo las anteriores resoluciones administrativas actuando de forma conjunta, con pleno conocimiento de que las resoluciones administrativas se apartaban de lo previsto en las normas jurídicas, y con conocimiento de su injusticia.

Así, Isaac Valencia Domínguez, el alcalde, y Juan Carlos de Tomás Martí, el secretario municipal, actuando conjuntamente, concedieron una licencia sin esperar a la culminación del proceso legalmente establecido relativo a la modificación del Plan General de Ordenación Urbana. Tampoco se preocuparon por las variaciones que pudiese sufrir la clasificación del terreno o el tipo de edificación permitida en esa parcela.

Con su actuación, además de la vulneración de ordenamiento administrativo, se afectó al suelo, llevando a cabo una construcción en un suelo cuya clasificación final se desconocía. La construcción condicionó la nueva regulación del Plan General de Ordenación Urbana, que se encontraba en tramitación en esos años, y que no se aprobaría hasta el 16 de julio de 2004. El Plan General de Ordenación Urbana incluyó la parcela sobre la que mayoritariamente se asienta el Trompo como suelo urbano no consolidado. Esta parcela se denominó Unidad de Actuación "Las Arenas".

OCTAVO. Obtenida la licencia de edificación, Ambrosio Jiménez Quintana prosiguió con las obras.

El día 4 de diciembre de 2004 se termina la obra para, a continuación, solicitar licencia de primera ocupación.

El 16 de septiembre de 2005, el arquitecto municipal del Ayuntamiento de la Orotava, Fernando Hernández García, en el curso del expediente administrativo tramitado para la obtención de la Licencia de Primera Ocupación del Trompo, emitió un informe poniendo de manifiesto determinados incumplimientos en la ejecución de las obras del Trompo. Entre estos incumplimientos, el arquitecto municipal puso de manifiesto que las obras no se habían adecuado al proyecto presentado para la legalización de las obras.

El 26 de junio de 2006 se otorga licencia de primera ocupación; y, el 13 de septiembre de 2006 se otorga licencia para actividades clasificadas.

NOVENO. El centro comercial el Trompo se construye, bajo la vigencia del Plan General de Ordenación Urbana de 1990, sobre dos parcelas. La primera de ellas, innominada, de forma triangular, y sobre la que se asienta la mayor parte de la edificación tiene una superficie de 24.334,20 metros cuadrados con un suelo clasificado como rústico, potencialmente productivo; y una parte de la parcela denominada como Sector 10, de 3.290,5 metros cuadrados, de zona verde.

El Plan General de Ordenación Urbana de 2004, redefinió la superficie de las parcelas. El edificio del Trompo, sigue asentándose en las dos parcelas anteriores. La primera, actualmente conocida como Unidad de Actuación Las Arenas, tiene una superficie de 25.847,70 metros cuadrados y la segunda, el Sector 10, de 1776,80 metros cuadrados. Ambas zonas son, tras el Plan General de Ordenación de 2004, urbanizables.





La edificabilidad, según el planeamiento, es de un metro cuadrado por un metro cuadrado. Por tanto, la edificabilidad máxima en la Unidad de Actuación Las Arenas es de 25.847,70 metros cuadrados.

La edificabilidad real de la edificación del Trompo sobre esa parcela es de 27.984,90 metros, produciéndose un exceso de 2.137,20 metros cuadrados.”

**TERCERO.**-Notificada la misma, se interpuso contra ella recurso de apelación por la representación de los condenados. Dado el oportuno traslado al Ministerio Fiscal y demás partes, el Ministerio Fiscal y la acusación popular personada, formularon oposición al recurso, interesando su desestimación.

**CUARTO.**- Una vez recibidos los autos en esta Sección, formado el Rollo de Apelación núm. 1221/2016, se designó ponente y tras la deliberación, votación y fallo del recurso, quedaron los autos vistos para sentencia

#### **HECHOS PROBADOS.-**

**ÚNICO.**- Se aceptan los hechos declarados probados de la sentencia apelada.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**- Las representaciones procesales de D. AMBROSIO JIMÉNEZ QUINTANA, D. ISAAC VALENCIA DOMÍNGUEZ Y D. JUAN CARLOS DE TOMÁS MARTÍ recurren la sentencia de fecha 12 de agosto de 2016, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de los de Santa Cruz de Tenerife en su P.A. nº 323/2015, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“CONDENO a Ambrosio Jiménez Quintana, como autor criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada del artículo 79.21.6 del Código Penal, a las penas de 5 meses de prisión, multa de 10 meses, a razón de 10 euros diarios, para un total de 3.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago, inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 5 meses e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 5 meses; así como al pago de un tercio de las costas procesales.

CONDENO a Isaac Domínguez Valencia, como autor criminalmente responsable de delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal en concurso medial con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, a penas por separado de conformidad con el art. 77.3 del Código Penal, a las penas de 1 año de prisión, multa de 14 meses a razón de 10 € diarios para un total de 4.200 €, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago, inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 1 año e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 1 año, por el delito contra la ordenación del territorio; y a las penas de 1 año de prisión, 8 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de 1 año, por el delito de prevaricación urbanística, así como al pago de un tercio de las costas procesales.





CONDENO a Juan Carlos de Tomás Martí, como autor criminalmente responsable de delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal en concurso medial con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas simple del artículo 21.6 del Código Penal, a penar por separado de conformidad con el art. 77.3 del Código Penal, a las penas de 1 año de prisión, multa de 14 meses a razón de 10 € diarios para un total de 4.200 €, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago, inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 1 año e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de 1 año, por el delito contra la ordenación del territorio; y a las penas de 1 año de prisión, 8 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de 1 año, por el delito de prevaricación urbanística, así como al pago de un tercio de las costas procesales.

ACUERDO la demolición de 2.137,20 metros cuadrados de la construcción del Trompo. Una vez sea firme la presente resolución, en ejecución de Sentencia, nómbrase a un perito que determine el modo de llevar a cabo la demolición de la obra respetando, en lo máximo que sea posible, los derechos de los titulares de establecimientos en el centro comercial. Condeno a Ambrosio Jiménez Quintana, Isaac Valencia Domínguez y a Juan Carlos de Tomás Martí, solidariamente, a sufragar los gastos que se ocasionen por dicha demolición, así como las indemnizaciones que correspondan a cualquier tercero de buena fe afectado por la demolición.”

#### **RECURSO DE D. AMBROSIO JIMÉNEZ QUINTANA.-**

**SEGUNDO.-** Los motivos sobre los que se articula el recurso de apelación planteado por la representación de D. AMBROSIO JIMÉNEZ QUINTANA, al amparo de lo dispuesto en el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refieren, a:

- 1.-Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24 de la C.E.
- 2.- Vulneración del derecho de defensa art. 24 de la C.E. .
- 3.- Prescripción del delito contra la ordenación del territorio, por el cual resultó condenado el recurrente en la sentencia impugnada.
- 4.- Cosa juzgada .
- 5.-Error en la apreciación de la prueba y vulneración del principio de presunción de inocencia.
- 6.- Error en la aplicación del derecho, por indebida aplicación del art. 319 del C.P. , ausencia de tipicidad de los hechos declarados probados y ausencia de dolo.
- 7.- Infracción del art. 319.3 del C.P.

La parte recurrente solicitó que con estimación del recurso, se acuerde la revocación de la sentencia impugnada, estimando las cuestiones procesales, sin entrar en el fondo y en otro caso, se absuelva al recurrente, del delito contra la ordenación del territorio, con los pronunciamientos favorables, y subsidiaria y alternativamente, si resultare condenado , se acuerde dejar sin efecto la demolición acordada .





**TERCERO.-** La parte recurrente invoca como motivo de impugnación la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas art. 24 de la C.E. , en base a que la sentencia impugnada, si bien apreció la aplicación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del art. 21.6 del C.P. , al haber transcurrido catorce años desde el inicio de la causa hasta la sentencia recurrida, reduciendo la pena en grado, sin embargo impuso la pena casi en el límite superior.

Hemos de traer a colocación la STS Sala 2ª, S 30-10-2006, nº 1051/2006, rec. 321/2006. Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel : “ ...el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

*Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Para ello es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España)*

*Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS núm. 1151/2002, de 19 de junio EDJ 2002/28410 , "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879 mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992 , 301/1995, 100/1996 y 237/2001 , entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero )"*

*Sin embargo, como hemos dicho en la STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre , "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha*





*inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".*

*Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ EDL 1985/8754 ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario el reconocimiento de los efectos negativos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables*

*En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado sobre la base del artículo 4.4º del Código Penal , que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4ª y 5ª del artículo 21 del Código Penal EDL 1995/16398 . Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6ª del Código Penal ..."*

Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al caso que nos ocupa, la existencia de las dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento que reconoce el juzgado a quo, debe conllevar la reparación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, mediante la disminución proporcionada de la pena apreciando la atenuante del art. 21.6 del C.P., sin que ello afecte a la validez de la sentencia. Dicha cuestión será abordada, una vez resueltos los motivos de fondo.

**CUARTO.-** En relación a la vulneración del derecho de defensa del art. 24 de la C.E. , en base a que fue admitida la personación del partido político I.P.O. Los Verdes en el acto del juicio oral, cuando ni siquiera solicitó la apertura del juicio oral, presentando escrito de acusación contra el recurrente, D. Ambrosio Jiménez, días antes de la vista del juicio oral, habiendo permitido el juzgador a quo que interviniera en los interrogatorios y que dirigiera la acusación contra el Sr. Jiménez.

La Constitución Española y la Ley de Enjuiciamiento Criminal , con excepciones y requisitos distintos, atribuyen a los ciudadanos españoles legitimación procesal para el ejercicio de la acción penal, hayan sido o no perjudicados por el delito, regulándose la acusación popular, que puede ejercitar cualquier "ciudadano" no perjudicado por el delito, en los arts. 101 y 270, 125 CE y 19.1 L.O.P.J.; y la acusación particular, que solo pueden ejercer los perjudicados u ofendidos por el delito , en los artículos 110 L.E.CRIM. y correlativos.





El artículo 125 de la Constitución reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en la acción de la justicia mediante el ejercicio de la acción popular e introduce como única limitación a la necesidad de un ulterior desarrollo legislativo para determinar la forma y los procesos en que se pudiera ejercitar. Dicha remisión normativa viene cumplimentada en los artículos 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el primer precepto se afirma que la acción penal es pública y permite su ejercicio a todos los ciudadanos con arreglo a las prescripciones de la Ley, lo que excluye el monopolio de la acción pública por el Ministerio Fiscal. Y el segundo, faculta a los ciudadanos, ofendidos o no por el delito a querellarse ejercitando la acción popular. Posteriormente el catálogo delictivo introduce determinadas limitaciones de personación relacionadas con los delitos privados y semipúblicos y otros de especial previsión legal. Vemos pues, que sin perjuicio de la singularidad establecida para los ciudadanos extranjeros, no existe límite procesal para el ejercicio de la acción popular que el determinado expresamente en el delito perseguido y en modo alguno se exige que sus ejercientes hayan sido ofendidos por el mismo. La legitimación activa no se limita a los titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos, sino que se postula la participación de los ciudadanos en el ejercicio de la justicia y en defensa de intereses generales. Así se postula en el supuesto de la defensa de intereses difusos como los relativos al mercado y a los consumidores y no se establece límite respecto a los delitos relacionados con la corrupción, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente e incluso la legislación administrativa sobre el régimen del suelo y urbanismo viene reconociendo expresamente la facultad de ejercer la acción popular en la jurisdicción correspondiente (artículo 48 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo).

El ejercicio de la acción mediante querrela y fianza, recogido en los artículos 270 y 280 de la Ley procesal y en la medida que constituye una restricción formal ejercicio de la acción, solo es predicable cuando se pretende iniciar la instrucción contra persona determinada o determinable y constituye una garantía hacia la persona contra la que se dirige la acción y respecto al normal funcionamiento de la Administración de Justicia, impidiendo el uso abusivo de la facultad legal. Una vez iniciado el procedimiento y haberse procedido a la inculpación judicial, lo que exige la existencia de indicios básicos de criminalidad, pues de lo contrario debería operarse conforme a los artículos 621 y 637, la formalidad de la querrela no cubre los fines citados, bastando la simple personación en calidad de acusador y sin perjuicio de que el Tribunal pueda arbitrar lo que estime procedente sobre afianzamiento. En este mismo sentido y en relación a la innecesidad de querrela y fianza en causa ya incoada, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en distintas sentencias y entre ellas la 363/2006, de 28 de marzo, en su fundamento trigésimo segundo.

Resuelta al anterior cuestión, debemos determinar el momento preclusivo de la personación. Si bien la cuestión parece resuelta a partir del tenor literal del artículo 110 -en relación con el 761 para el procedimiento abreviado- de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que faculta para la personación hasta el trámite de calificación, con la posibilidad de ejercer las acciones penales y civiles, pero sin retroacción de actuaciones, lo cierto es que el artículo 785.3 de la citada ley, el artículo 785.3, en su redacción dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, establece que "En todo caso, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir, el secretario judicial deberá informar a la víctima por escrito de la fecha y lugar de celebración del juicio." Y el artículo 789.3,





en su redacción de la citada ley determina que “El Secretario judicial notificará la sentencia por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.”

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que entró en vigor el 28 de octubre, contiene la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el siguiente contenido: artículo 109 bis. 1. Las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación.

La normativa española está plenamente en consonancia con la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 (entró en vigor el 15 de noviembre de 2012), por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y que ha sustituido a la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, revisando y complementando los principios establecidos en la misma, y avanzando de forma significativa en la protección de las víctimas en el conjunto de la Unión, en particular en el marco de los procesos penales.

Debemos señalar que aunque sostenemos que la solución deberá ser la misma con independencia de la condición de la personación, en el caso de autos no estamos ante la personación de la víctima, sino de la acción popular.

En definitiva, esta Sala entiende razonable que el momento de la personación precluya con el auto de apertura del juicio oral, porque en el procedimiento penal, además de los hasta ahora poco reconocidos intereses de la víctima, también están en liza los derechos de encausado, proscribiendo la indefensión y la seguridad jurídica y el principio de igualdad de armas exigen que las reglas del procedimiento estén perfectamente definidas con anterioridad al juicio oral, evitando acusaciones sorpresivas e impidiendo que el encausado tenga que hacer frente a la defensa contra una acusación personada de forma inopinada, lo que como veremos no ocurrió en el presente caso.

Por lo que se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de derecho a un proceso con las debidas garantías, la ST.S N° 703/2011, de 28 de junio, señala que el derecho a un proceso con todas las garantías supone el cumplimiento de una serie de requisitos y formalidades que permitan a la parte acusada la posibilidad de establecer su defensa en condiciones de igualdad de armas con la acusación, y asimismo exige que el órgano jurisdiccional mantenga un equilibrio y equidistancia de las acusaciones y las defensas concediendo a ambas la posibilidad de someter a debate contradictorio sus tesis, y lo que es más importante, sus pretensiones probatorias, por lo que el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías requiere que no se produzca indefensión.

Es doctrina reiterada de la Sala Segunda del T.S., como se expresa en la Sentencia 900/2006, de 22 de septiembre, que no toda infracción procesal produce indefensión y se recuerda que constante jurisprudencia constitucional ha configurado inequívocamente la indefensión como aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, es decir, se trata de una real y efectiva privación u omisión del órgano judicial. La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada,





consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción). Y se añade la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83 > , 48/84 , 48/86 , 149/87 , 35/89 , 163/90 , 8/91 , 33/92 , 63/93 , 270/94 , 15/95 ).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88 , 181/94 y 316/94 ).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE . Así la STS 31.5.94 , recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio SSTC 145/90 , 106/93 , 366/93 ), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal, sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa SSTC 153/88 , 290/93 ). Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada. El carácter material y no meramente potencial o abstracto de la indefensión subyace además bajo los conceptos de pertinencia y necesidad de la prueba para sustentar la facultad del órgano judicial de denegar la suspensión del juicio por causa de la imposibilidad de practicar pruebas solicitadas en tiempo y forma.

De otra parte, la Sentencia de esta Sala 294/2008, de 27 de mayo , señala que el artículo 786.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite una controversia preliminar con la finalidad





de acumular, en un sólo acto, diversas cuestiones que en el proceso común ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en el momento del Juicio Oral, acentuado de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar sobre: a) Competencia del órgano judicial. b) Vulneración de algún derecho fundamental. c) Existencia de artículos de previo pronunciamiento. d) Causas de suspensión del Juicio Oral. e) Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del Juicio Oral....". Es decir, en el Procedimiento Abreviado no sigue el principio de preclusión en cuanto a la proposición de prueba, cuyo periodo se inicia con el escrito de calificación provisional y llega hasta el mismo momento del inicio del plenario con la única limitación respecto de esta última, que puedan practicarse en el acto del plenario.

En este caso, la personación de Iniciativa por La Orotava ( I.P.O.), en condición de acusación popular en el procedimiento del que dimana el presente rollo de apelación, se produjo durante la instrucción de la causa en virtud de escrito de fecha 23 de septiembre de 2003 ( al folio 335), habiendo sido acordada mediante providencia de fecha 22 de octubre de 2003 la personación de dicha formación política como acusación popular. Por lo tanto, no estamos si quiera ante la personación sorpresiva de una acusación popular en el acto del juicio oral. Tal y como señala la sentencia impugnada, la formación política I.P.O. no formuló escrito de acusación en el trámite de calificación, previsto en el art. 780.1 de la LE.Criminal abierto por auto de 19 de febrero de 2013 , sino tras la finalización de fase intermedia del procedimiento, ante el órgano competente para el enjuiciamiento, en fecha 16 de mayo de 2016 ( al folio 2053), adhiriéndose a las conclusiones provisionales del escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal y medios probatorios propuestos por el Ministerio Público, sin que pueda deducirse del escrito de interposición del recurso planteado la concreta y efectiva indefensión que se le haya podido causar al recurrente, por la intervención del letrado de la acusación popular en la práctica de los medios probatorios admitidos, al no haber variado, ni el objeto de la acusación formulada por el Ministerio Fiscal, ni los medios de prueba propuestos por éste. Y la sentencia se funda en las pretensiones del Ministerio Público, en lo que se refiere al ahora recurrente, de tal manera que prescindiendo de dicha acusación la sentencia habría permanecido invariable en su fallo y en sus hechos probados y fundamentos.

El juzgado de lo penal, admitió el escrito presentado por la acusación popular personada en la causa, I.P.O. mediante providencia de fecha 26 de mayo de 2016, la cual ni tan siquiera fue recurrida por el apelante Sr. Jiménez – si bien opuso posteriormente a su admisión-, habiendo resuelto el juez a quo en el acto del juicio oral, que no se trata de “una nueva personación, ni de un verdadero escrito de acusación, sino de un escrito que no añade nada distinto, ni concede facultades distintas a la acusación popular de las que ya tenía al haberse personado durante la causa. Tampoco se ve afectado, en modo alguno, el derecho de defensa, puesto que no se introducen hechos ni calificaciones distintas de las ya conocidas por las partes”.

La admisión por el juzgado de lo penal de la acusación formulada por la acusación popular personada, una vez transcurrido el trámite del art. 780 de la LE.Criminal, no ha causado indefensión al encartado, que ha podido ejercer la potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, sin que hubiesen propuesto nuevos medios probatorios en el acto del juicio oral, posibilidad que no está vedada





en el ámbito del procedimiento abreviado ( art . 786.2 de la L.E.Criminal). Es importante traer a colación aquí lo que ya fundamentó el Tribunal Constitucional en su sentencia 127/2011, de 18 de julio: *Este Tribunal ha reiterado, en relación con el derecho fundamental a no padecer indefensión (art. 24.1 CE ), por un lado, que la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales; y, por otro, que para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24.1 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (por todas, STC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3) , lo que en el supuesto planteado no ha acontecido.*

Así las cosas, por las razones que se han dejado expresadas, no se ha producido vulneración del derecho de defensa del art. 24 de I C.E , procediendo la desestimación del motivo de impugnación.

**QUINTO.-** En cuanto al motivo de impugnación referido a la prescripción del delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1 del C.P., por el cual resultó condenado el recurrente, Sr. Jiménez, en la sentencia impugnada de 12 de agosto de 2016, el motivo ha de ser igualmente desestimado.

Alega la parte apelante que el delito contra la ordenación del territorio está prescrito, al haber transcurrido desde la denuncia inicial de 27 de mayo de 2002 hasta su declaración como investigado, 15 de septiembre de 2006, más de cuatro años, o incluso ha transcurrido el plazo de prescripción, desde la la solicitud de la licencia por el Sr. Jiménez 10 de julio de 2002, hasta su declaración como investigado el 15 de septiembre de 2006, o desde la concesión de la licencia de obras mediante Decreto nº 312/2012 de fecha 11 de octubre de 2002 .

La sentencia impugnada en referencia a la cuestión de prescripción planteada, entiende que el *dies a quo*, esto es, el día inicial para determinar el inicio de la prescripción es el de comisión del hecho de apariencia delictiva, que en el caso de los delitos contra la ordenación del territorio, tiene lugar en el momento en que se termina la construcción o la edificación, pues nos encontramos ante un delito de efecto permanente, que se comete durante todo el tiempo que se construye el edificio, y cuya consumación final se produce en el momento que se terminan las obras. Aunque en este supuesto, no ha sido posible determinar el momento exacto en que se llevó a cabo la finalización material del edificio, se puede fijar como fecha aquella que aparece en el certificado final de obra (folio 653), el 2 de diciembre de 2004. . Y de otra parte argumenta el juzgador a quo el *dies ad quem*, o fecha en la que se entiende que el procedimiento se dirige contra el acusado D. Ambrosio Jiménez, es aquél en el que se le atribuye su participación en los hechos objeto de investigación y posterior acusación. Al encausado D. Ambrosio Jiménez el momento en que se le notifica la existencia del procedimiento y éste tiene constancia de los hechos que se le imputan, es el 15 de septiembre de 2006, fecha en la que se le toma declaración en el Juzgado de Instrucción de La Laguna (folio 496 y ss). En consecuencia, señala el juzgador a quo, entre el 2 de diciembre de 2004 y el 15 de septiembre de 2006 no han transcurrido el plazo de prescripción de tres años.





El Tribunal Supremo ha reiterado que la institución de la prescripción penal, es a diferencia de lo civil, una causa de extinción de la responsabilidad y por tanto una institución de derecho material, ajena por ello a consideraciones procesales de ejercicio de la acción; por ello, debe aceptarse con sus efectos extintivos en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad y aunque ese alegato no se ajuste a los escritos, cauces y exigencias procesales, que deben ceder ante la necesidad de evitar condenar por un delito a una persona cuya responsabilidad penal quedó extinguida por voluntad categórica y terminante de la ley, expresado en el artículo 130.6º del Código Penal vigente.

Exige la prescripción dos requisitos básicos: la paralización del procedimiento para perseguir el hecho delictivo y, en segundo lugar, el transcurso de los lapsos de tiempo señalados en el artículo 131 del Código Penal vigente. El término de la prescripción empieza a correr, conforme al artículo 132 del Código Penal, desde el día en que se hubiera cometido la infracción punible, interrumpiéndose cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena. Y el instituto de la prescripción tiene su fundamento en el efecto destructor del tiempo, en cuanto priva de eficacia a la pena y destruye o hace imposibles las pruebas. De ahí la concepción mixta (sustantivo-procesal) defendida por parte de la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de esta institución a la que, en la actualidad, según reiterada y pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo (sirva por todas y por más reciente la Sentencia 1097/2004, de 07 de septiembre ) se reconoce naturaleza sustantiva y la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa (así también las Sentencias del Tribunal Constitucional 12/1991, de 28 de enero y 63/2005, de 14 de marzo ). Constituye doctrina consagrada la de que la prescripción debe ser estimada concurrentes los presupuestos sobre que se asiente - paralización del procedimiento y lapso de tiempo correspondiente -, en aras de evitar que resulte condenada una persona que, por especial previsión y expresa voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal contraída; pudiendo ser proclamada de oficio en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan. Parecer que alienta, entre otras, en sentencias de 31 de mayo de 1976, 27 de junio de 1986, 14 de diciembre de 1988 y 31 de octubre de 1990.

En todo caso, el artículo 132.1 del Código Penal de 1995 en su redacción original, vigente en la fecha de los hechos enjuiciados establece que *“Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible...”*, añadiendo su párrafo segundo que *“la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena”*. Tras diferentes interpretaciones doctrinales y de nuestros más altos Tribunales sobre este precepto, el legislador lo reformó mediante L.O. 5/2010 de 22 de junio, añadiendo en su número segundo que *“La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta (esta última mención a “falta” suprimida tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), ...”*. Al respecto, debe indicarse que cuando el procedimiento penal se dirija contra persona distinta del autor de los hechos o sin determinación de persona alguna, no puede entenderse interrumpido el plazo prescriptivo (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990 y 1 de marzo de 1995).





Ahora bien, el citado artículo 132.2 del Código Penal se encarga de establecer cuándo se debe entender que el procedimiento se ha dirigido contra la persona indiciariamente responsable a los efectos de producir la interrupción de la prescripción, señalando que: *“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.”* (esta última mención a “falta” suprimida tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo); si bien también se puntualiza en dicho precepto que la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta (esta última mención a “falta” suprimida tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), *“suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia”* (tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo se ha eliminado la mención a los dos meses relativos a las faltas), produciéndose retroactivamente el efecto de la interrupción de la prescripción, a todos los efectos, a la fecha de presentación de esa querrela o denuncia siempre y cuando dentro de dichos plazos se dicte contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado primero del citado artículo 132 del Código Penal, esto es, una *“... resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta”*. Si ésta no fuera dictada dentro de esos plazos, el referido precepto es tajante al disponer que *“La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.”*; como también continuará el cómputo del término de prescripción desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia *“...si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada.”* (tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo se ha eliminado la mención a los dos meses relativos a las faltas).

Como es sabido, el tipo agravado del art. 319.1 del C.P. en su redacción original de 1995, tiene prevista pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años. Y el básico del art. 319.2 del C.P. en su misma redacción, castiga la conducta delictiva con 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. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131.1 del C.P. en su redacción original, vigente en la fecha de los hechos, el plazo de prescripción de ambos tipos penales sería, en todo caso, de tres años.

Además hemos de señalar que en los delitos contra la ordenación del territorio del art. 319 del Código Penal, ya sean configurados como delitos de carácter permanente o de tracto sucesivo, no instantáneo, o de delito continuado, tal y como tiene declarado el T.S., 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. La STS de 29-11-06, señala que su consumación se producirá cuando finalice la obra conjunta, iniciándose a partir de ese momento el plazo de prescripción del delito.

En la sentencia impugnada se declaró probado que la obra se inició en fecha no determinada, pero en todo caso, anterior a noviembre de 2001, lo cierto y verdad es que la Policía Local de La Orotava visitó la obra, el 15 de noviembre de 2001 (folio 4) y el 19 de febrero de 2002 (folio 6), respecto a la primera visita señala que se están llevando a cabo “pilares”, siendo el Polígono Industrial Las Arenas. Y en relación la segunda visita, la Policía Local de La Orotava señala que se están llevando a cabo “naves industriales, columnas y cimentación”. Además, tal y como expone la sentencia impugnada, el técnico municipal D. Melecio Tamajón Hernández, realizó una visita de la obra el 3 de mayo de 2002, y declaró que según sus conocimientos, no era necesario llevar a cabo una obra de esa envergadura para realizar un muro de contención. En todo caso, la obra se comenzó antes de que el encausado D. Ambrosio Jiménez Quintana, el 10 de julio de 2002 solicitara licencia para la legalización de las obras a requerimiento de la alcaldía, mediante Decreto de 7 de mayo de 2002. En cuanto a la fecha de finalización de la obra, la sentencia impugnada la fija en el 2 de diciembre de 2004, fecha en que tiene lugar el otorgamiento del certificado final de obra.

De otra parte, en cuanto al dies ad quem del plazo de prescripción. El presente procedimiento penal se inició por auto de 19 de agosto de 2002 dictado por el Juzgado de Instrucción nº2 de La Orotava, en virtud de denuncia presentada en fecha 27 de mayo de 2002, contra los tres encartados, y en concreto contra el recurrente, Sr. Jiménez como promotor y constructor de la obra. Tras recabar informes y expediente administrativo relativo a la obra en cuestión del Ayuntamiento de La Orotava, se acordó por el Juzgado de Instrucción n.º 2 de La Orotava por providencia de fecha 25 de marzo de 2003 ( al folio 185) , oír en declaración en calidad de imputado al promotor de la obra, al encartado Sr. Jiménez, lo que se reiteró por providencia de fecha 12 de mayo de 2006 ( al folio 451) y no se llevó a efecto hasta el 15 de septiembre de 2006 ( folio 496) , fecha en la que se le notificó la existencia del procedimiento a aquél y se le informó de sus derechos y de los hechos que se le imputaban. Y según lo expuesto anteriormente, tres años antes de la última fecha, la obra aún se estaba ejecutando, sin que hubiera llegado a su culminación la consumación del delito.

En consecuencia , el procedimiento se dirigió contra el encartado Sr. Jiménez antes de que transcurriera el plazo de prescripción de tres años, previsto para el delito contra la ordenación del territorio por el que resultó condenado.

**SIXTO.-** La parte recurrente alega cosa juzgada respecto de las actuaciones llevadas a cabo en el Sector 10, que fueron objeto de valoración en las D.P. nº 1446/2006 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de La Orotava , seguidas contra el Sr. Jiménez como representante de la Sociedad Proyectos Inmobiliarios Las Arenas S.L. y promotor de las obras ejecutadas en el Sector 10 Las Arenas, por presuntos delitos de prevaricación administrativa del art. 404 del C.P. y contra la ordenación del territorio del art. 319 del C.P., y en las que se dictó auto firme de fecha 1 de septiembre de 2015, por el que se acordó el sobreseimiento y archivo de la causa por prescripción del delito, al amparo del art. 637 de la L.E.Criminal.





Tiene sentado el Tribunal Supremo que la institución de la cosa juzgada es una manifestación del principio «non bis in idem» en el ámbito del Derecho Procesal, puede ser considerada como una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española y por ello debe ser reputado con rango constitucional, máxime si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra ley Fundamental, en relación con el artículo 14.7 del pacto de Nueva York, sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España, que dice literalmente, así: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

Como consecuencia precisamente del mencionado rango constitucional de que goza en nuestro Derecho la referida eficacia preclusiva de la cosa juzgada material en materia penal, ha de entenderse que cabe su alegación y aplicación en cualquier estado del procedimiento.

El Tribunal Supremo en su STS n ° 2930/2013 de 9 de junio de 2013 señala recordando las SSTs. 505/2006 de 10.5 , 730/2012 de 26.9 -voto particular -, 974/2012 de 5.12 , que “ la eficacia de la cosa juzgada consiste en aquélla que producen las sentencias de fondo y otras resoluciones a ellas asimiladas (como los autos de sobreseimiento libre) por la cual no pueden ser atacadas en otro proceso posterior relativo al mismo objeto antes enjuiciado y ya definitivamente solventado ( STS. 1375/2004 de 30.11 ). Una doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE . y también el art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental que sanciona el principio de legalidad.

En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 3154/90 de 14.10), y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29.4.93 , 22.6.94 , 17.10.94 , 20.6.97 , 8.4.98 ) que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio "non bis in idem", el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE ., como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito.

Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. De la L.E.Cr .), todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona ( STS. 24.4.2000 ), pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio "non





bis in ídem", y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 en relación con el artículo 10-2 de la Constitución Española y 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13.4.77, según el cual "nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país".

Sin embargo, y según la misma doctrina, para que opere la cosa juzgada, siempre habrán de tenerse en cuenta cuales son los elementos identificadores de la misma en el proceso penal y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos. STS. de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995 , 17 octubre y 12 de diciembre 1994 , 20 junio y 17 noviembre 1997 , y 3 de febrero y 8 de abril de 1998 . Por tanto, los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal:

- 1) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
- 2) identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas.

El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta) que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso.

El Tribunal Constitucional en sentencia 221/97 de 4.12 , aborda el problema con una premisa de partida clara e incontestable: "si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habrá de reputarse contraria al art. 25.1 C.E ., sin que la observancia de este mandato constitucional pueda quedar eliminada o paliada por la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena penal. Siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito, y ello con independencia de que el origen de tal indeseado efecto sea de carácter sustantivo o bien se asiente en consideraciones de naturaleza procesal".

Y en STC. 91/2008 de 21.7 , ha reiterado que el principio non bis in ídem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE , con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones . *La procesal o formal* proscribiera, en un sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad del sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión





firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión. Igualmente, se ha destacado que el TC tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hechos, y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE , o para analizarla directamente, pero siempre dentro del respeto a los límites de la jurisdicción de amparo ,de modo tal que se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial, dado que, de conformidad con el art. 44.1 b LOTC , en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales el TC no entrará a conocer "de los hechos que dieron lugar al proceso" en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable ( STS 2/2003, de 16-1 , FM.5).

Las sentencias de la Sala Segunda del TS 487/2005, de 29-5 , y 806/2007 de 18-10 , recuerdan como la STC 334/2005 de 20-12 , ha vuelto a insistir en que el núcleo esencial de la garantía material del non bis in idem reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hechos y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión **material**, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada ( STS 229/2003 , 149/2003 , SSTC 513/2005 , 395/2004 , 141/2004 ) .

En similar sentido la SSTS 1207/2004, de 11-10 , 225/2005, de 24-2 , conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª de 19-5- 2003, tiene declarado que el principio "non bis in idem" se configura como un derecho fundamental, integrado en el derecho del principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25- CE que en su vertiente **material** impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento ( STC 2/2003 de 16-1 ) y que en una de sus conocidas manifestaciones supone que no recaiga

duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecia identidad de sujeto, hechos y fundamento, según se declaró ya en la STC 2/81, de 30-1 . La garantía **material** de no ser sometido a bis in idem sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente ( STC 180/2004, de 7-11 ; 188/2005, de 4-7 ; 334/2005, de 201-2 ; 48/2007, de 12-3 ). ..”





En este caos, la sentencia impugnada rechaza la cuestión planteada argumentando que la única resolución definitiva en ese momento, era el auto de 1 de septiembre de 2015, dictado en las D.P. 1446/2006 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de La Orotava , en el que se acuerda el sobreseimiento libre de la causa respecto de D. Ambrosio Jiménez Quintana, por prescripción del delito. Dicha causa penal, señala el juzgador a quo, tenía por objeto, la investigación de hechos relativos a la infracción por parte de D. Ambrosio Jiménez, de las disposiciones del Plan Parcial del Sector 10, aprobado el 23 de mayo de 2000 , en relación con la cesión al Ayuntamiento de determinados espacios para su destino a zonas verdes, espacios libres. En cambio, en el procedimiento del que dimana el presente rollo de apelación, la acusación atribuyó a D. Ambrosio Jiménez, como promotor y construcción, la edificación de un espacio multiusos, conocido como el centro comercial “El Trompo” ,que se encuentra ubicado en su mayoría en un terreno anejo al Sector 10 y en una franja de terreno de 3.290,5 metros cuadrados, sobre el Sector 10, en concreto sobre una parte destinada a zonas verdes y viales. Así mismo la sentencia impugnada señala que, aunque parcialmente nos encontramos ante la misma parcela, los hechos objeto de investigación y enjuiciamiento son distintos. No puede identificarse el hecho de construir una edificación no autorizable, con el hecho de no cumplir con la obligación de reserva de un terreno para un uso ajeno a la construcción. Por lo que concluye que no concurre la identidad de hechos, que se exige como para apreciar la excepción de cosa juzgada.

Partiendo de que corresponde a quien alega la excepción, la carga de probatoria de los elementos en los que fundamenta su pretensión, hemos de advertir que en la causa tan solo consta unido el auto de 1 de septiembre de 2015 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de La Orotava, en las Diligencias Previas 1446/2006 ( al folio 2161) que dice: *“...no consta que (Ambrosio Jiménez Quintana) tan siquiera hubiera respetado las previsiones normativas, establecidas en el Plan Parcial modificado aprobado en el 23 de mayo del año 2000, que obligaban a reservar un porcentaje determinado de terreno para zonas verdes, espacios libres públicos, dotaciones públicas o viales, previsiones que se encontraban perfectamente delimitadas en la normativa urbanística y territorial de aplicación y sobre plano, tal y como resulta del dictamen pericial emitido al efecto por el perito judicial, dicha infracción debe considerarse prescrita al tiempo de la presentación de la denuncia iniciadora del presente procedimiento.*

...”. Es decir, lo que se investigaba era la falta de respeto al Plan Parcial aprobado el 23 de mayo de 2000, en relación con la cesión al Ayuntamiento de determinados espacios para su destino a zonas verdes, espacios libres.... Esta falta de cesión se refiere al terreno conocido como “Sector 10- Las Arenas”.

También obra unido a las actuaciones, auto de fecha 5 de mayo de 2016 dictado por la Sección 6º de esta Audiencia Provincial, en el Rollo de Apelación de autos n.º 1/2016 , que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el encartado Sr. Valencia contra el auto de 1 de septiembre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de La Orotava, en cuya virtud se acordaba la continuación del presente procedimiento por los trámites del procedimiento abreviado contra éste, la cual revocó, decretando el sobreseimiento provisional de las actuaciones.





A la vista de lo expuesto, no cabe apreciar que concurra en este caso el requisito de la cosa juzgada, relativo a identidad de hechos, por cuanto la conducta delictiva atribuida en el procedimiento del que dimana el presente rollo de apelación al recurrente, se refiere a la ejecución de obras de edificación no autorizables sobre suelo destinado a zona verde y suelo no urbanizable, conforme a la normativa urbanística vigente en el momento de ejecución de las obras. Además la mayor parte de la superficie sobre la que se levantó el centro comercial de El Trompo, era aneja al Sector 10 del Plan Parcial Las Arenas, y el suelo estaba catalogado como rústico, potencialmente productivo, aún cuando parte del terreno sobre el que levantó dicha construcción, coincidiera con el terreno objeto de discusión en el procedimiento de D.P. nº 144672006, el Sector 10 del Plan Parcial Las Arenas.

En consecuencia, el motivo de impugnación ha de ser desestimado.

**SÉPTIMO** .- Error en la valoración de la prueba y vulneración del principio de presunción de inocencia.

Con relación a la valoración de la prueba, es de aplicación el principio de libre valoración de la misma recogido en el artículo 741 de la L.E.Cr., según el cual corresponde al Juez o Tribunal de instancia valorar el significado de los distintos elementos de prueba y establecer su trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia, pues dicho Juzgador se encuentra en una mejor situación para evaluar el resultado del material probatorio, dado que las pruebas se practican en su presencia, y con cumplimiento de las garantías procesales (inmediación, contradicción, publicidad y oralidad).

La declaración de hechos probados hecha por el Juez de instancia no debe ser sustituida o modificada en la apelación ( STS entre muchas, la núm. 272/1998, de 28 de Febrero ), salvo que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba; que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio; o que sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en la segunda instancia (STS de 5-2-94 y 11-2-94 ).

La valoración conjunta de la prueba practicada, como se acaba de decir, es una potestad exclusiva del órgano judicial de la instancia en la forma antes señalada ( Sentencias del Tribunal Constitucional números 120/1994 , 138/1992 y 76/1990 ). El órgano de apelación, privado de la inmediación imprescindible para una adecuada valoración de las pruebas personales, carece de fundamento objetivo para alterar la fuerza de convicción que han merecido al Juzgador de instancia unas declaraciones que sólo él, ha podido "ver con sus ojos y oír con sus oídos", en expresión de las *sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 2 de febrero de 1989* . Por ello, cuando la valoración de la prueba esté fundada en la inmediación, debe prevalecer, salvo que se aprecie un evidente error; pues sólo el órgano de primera instancia ha dispuesto de una percepción sensorial, completa y directa, de todos los factores concomitantes que condicionan la fuerza de convicción de una declaración, incluido el comportamiento mismo de quien la presta, respecto a su firmeza, titubeos, expresión facial, gestos, etcétera ( Sentencias del TS de 5 de junio de 1993 , 21 de julio y 18 de octubre de 1994 ).

Existe una doctrina ya muy consolidada del Tribunal Constitucional, que parte de la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre , y que ha sido reafirmada entre otras en las más recientes SS.130/2005 y 136/2005, de 23 de mayo , y 186/2005, de 4 de julio , según la cual el derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24.2 de la Constitución , "exige que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal





sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen -sólo por el órgano judicial que asiste al testimonio- y siempre que, además, dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad".

De ello se deduce la doctrina, expuesta recientemente en SSTC 199 , 202 , 203 y 208/2005, de 18 de julio , con cita de la 116/2005, de 9 de mayo , que a su vez recoge lo que se ha dicho en numerosas otras, desde la citada STC 167/2002, de 18 de septiembre , que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

En cuanto al principio de presunción de inocencia que se dice vulnerado, 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 incriminatorio. 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 ).

El recurrente se muestra conforme con la afirmación contenida en la sentencia impugnada, respecto a que el centro comercial El Trompo ocupa dos parcelas, según el P.G.O.U. de La Orotava , de 1990 como de 2004, asentándose la mayor parte sobre el terreno adyacente al





Sector 10, si bien plantea cuestiones sobre la clasificación del suelo en el momento de iniciar las obras.

La parte recurrente combate que la sentencia concluye que el centro comercial El Trompo se construyó sobre suelo rústico potencialmente productivo, vulnerando el art. 94 del P.G.O.U. de La Orotava de 1990 y que la construcción de El Trompo limitó la clasificación del suelo, por lo que el P.G.O.U. de 2004 se vio obligado a cambiar la clasificación del terreno, en definitiva se produjo una legalización sobrevenida de la construcción. Dicha parte viene a afirmar que el P.G.O.U. de 2004 recogió la clasificación del suelo urbano, precisamente como consecuencia de la obra pública ejecutada por la Administración Autonómica, la autopista TF 5 y la obligación impuesta por la Consejería de Obras Públicas al Sr. Jiménez - como promotor conforme al art. 45 1 f) del Reglamento de Planeamiento vigente en ese momento- de ejecutar la conexión del Sector 10 con la autopista, quedó en su condición de sobrante de la expropiación, el trozo de suelo colindante al Sector 10, a modo de istmo, rodeado en el resto de linderos por la autopista y la conexión al Sector 10 y resto del municipio. Es decir, el suelo colindante al Sector 10 tenía clasificación de rústico por el P.G.O.U. de 1990, pero fue alterado por la obra pública de la autopista TF 5, lo que determinó la necesidad de modificar el Plan Parcial que ordenaba el Sector 10 colindante a la parcela litigiosa, en cuyo documento quedaba incorporada la parcela como parte del ámbito, cuya ordenación pormenorizada está reflejada en el Convenio Urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento y el promotor, Sr Jiménez, quien asumía la obligación de ejecutar la urbanización de este ámbito, como continuación natural del Sector que desarrollaba, así como la ejecución de la conexión del Sector 10 y resto del Municipio con la autopista. La nueva configuración urbanística y la asunción por el Sr Jiménez de unos compromisos que excedían de los propios del Sector 10, motivó que adquiriera ese trozo de suelo sobrante de la expropiación por vía del reversión y que, con apoyo en la normativa urbanística contenida en el modificado Plan Parcial y el Convenio Urbanístico suscrito, procediera a iniciar las obras de ejecución del centro comercial El Trompo. Por ello se aprobó la modificación del Plan Parcial , donde se incorporaba esta parcela, de forma que como consecuencia de la modificación del Plan Parcial y por la ejecución efectiva de las obras de urbanización en cumplimiento del mismo, este terreno fue dotado materialmente de los servicios urbanísticos precisos para ostentar la condición de suelo urbano ( no urbanizable como recoge la sentencia), como se le reconoció en el Plan General aprobado en 2004. Y aún cuando el CC. El Trompo no se hubiera construido, el Plan General tendría necesariamente que haberle asignado, la condición de suelo urbano por estar urbanizado, como se observa en los planos de la parcela triangular tras la ejecución de la obras de la autopista , donde se apreciara rodeado de suelo urbanizado. La parte apelante concluye que fue la actuación pública sobre la parcela triangular, la que determinó su transformación urbanística y no la construcción del centro comercial, que encuentra amparo en la licencia otorgada bajo un cambio normativo que generó la modificación del Plan Parcial y la fuerza normativa de lo fáctico, impuesta por la transformación del suelo como consecuencia de la actuación conjunta de la Administración Autonómica y el Ayuntamiento. La licencia de legalización que fue otorgada al recurrente es ajustada a derecho. Tras los iniciales movimientos de tierras y de construcción del muro de contención, se acordó por Decreto de 7 de mayo de 2002 la suspensión de la obra , requiriendo al promotor la legalización en el plazo de tres meses . En cumplimiento de ello, se solicitó en fecha 10 de julio de 2002 la licencia de legalización y por Decreto 312/2002 de 11 de octubre se otorgó la licencia de legalización.





Dichas alegaciones exculpatorias fueron objeto de análisis y rechazo por parte del juzgador a quo en la sentencia impugnada, la cual expone de manera detallada y pormenorizada, los elementos probatorios que permiten fundar su convicción sobre el desarrollo de los hechos y la autoría del apelante, respecto del delito contra la ordenación del territorio por el que resultó condenado.

En la sentencia impugnada se declara probado que el edificio El Trompo se elevó sobre el sector adyacente al Sector 10 según el Plan de Ordenación Urbana del Municipio de La Orotava de 1990, vigente en el momento de iniciarse la obra, en fecha no determinada pero en todo caso anterior a noviembre de 2001, y sobre un pequeño terreno perteneciente al Sector 10. Según el P.G.O.U. de 1990, el suelo sobre el que mayoritariamente se asentaba El Trompo era rústico, potencialmente productivo. Y el suelo del Sector 10 estaba clasificado como urbanizable, si bien la parte ocupada por El Trompo estaba destinada a zonas verdes. Y el nuevo P.G.O.U. de La Orotava, aprobado definitivamente por la C.O.T.M.A.C. el 23 de diciembre de 2003 y publicado en el B.O.C. de 16 de julio de 2004, denominó a la parcela sobre la que mayoritariamente se construyó El Trompo como Unidad de Actuación de las Arenas. Esta parcela se clasificó como suelo urbanizable no consolidado por la urbanización.

Hemos de añadir que el Sector 10 estaba afectado por la modificación del Plan Parcial Las Arenas, aprobado definitivamente por acuerdo plenario del Ayuntamiento de La Orotava de 23 de mayo de 2000 y publicada en B.O.P. de 9 de junio de 2000, que revisó el Plan Parcial de Las Arenas, aprobado por acuerdo de la C.U.M.A.C. de 7 de abril de 1994, publicado en el B.O.C. 25 de mayo de 1994, siendo el suelo catalogado como urbanizable sectorizado ordenado.

El juzgado de lo penal fundó su convicción para declarar probados tales hechos, en el informe de 6 de agosto de 2007 del arquitecto D. Fernando Hernández García (folios 621 a 631), encargado del Área de Intervención Urbanística del Ayuntamiento de La Orotava, respecto del cual no apreció la concurrencia de ningún móvil espurio. Y tiene por acreditado que El Trompo se construyó sobre suelo rústico potencialmente productivo, vulnerando así, el art. 94 de las normas urbanísticas del P.G.O.U. de 1990; el nuevo PGOU, entró en vigor el 16 de julio de 2004 y dio una nueva categorización al suelo sobre el que se asienta El Trompo; la modificación del Plan Parcial de 2000, no ordenó los terrenos ocupados por El Trompo, ni los adscribió al Sector 10; así como, el Convenio de 14 de diciembre de 1999 suscrito entre el empresario D. Ambrosio Jiménez Quintana y el Ayuntamiento de La Orotava, tenía un carácter meramente orientativo; y el P.G.O.U. de 2004 tampoco incluyó el terreno ocupado por El Trompo dentro del Sector 10. Resultando acreditada su ubicación, como adyacente al Sector 10, por los planos aportados como documental y planos adjuntos a los informes periciales, y conforme a las manifestaciones de los peritos Sr. Cabrera y Sr. Domínguez Anadón.

La sentencia impugnada declara probado que el terreno de la parcela adyacente al Sector 10, era rústico potencialmente productivo, en base a lo que consta en el P.G.O.U. de 1990 en vigor en el momento en que se inició la construcción, así como en el informe de los técnicos del Área de Urbanismo del Ayuntamiento de La Orotava, D. Emilio La Roche y D. Fernando Hernández García obrante en el expediente de legalización, licencia de obra mayor n.º 312/2002 (folios 45 a 48, 251 a 254); así como el informe pericial de D. Rubén Henríquez Güimerá, obrante a los folios 436 a 442., según el cual el suelo sobre el que se construyó El





Trompo era rústico potencialmente productivo. También lo ratificó en el acto del juicio oral, D. Rubén Hernández, quien explicó cómo se había iniciado la construcción en esta clase de suelo y cómo se produjo un cambio en la clasificación del suelo, como consecuencia del cambio de los instrumentos de planeamiento.

Da razonada respuesta la sentencia impugnada, a la tesis de la defensa del recurrente, mantenida en base al informe de D. Luciano Parejo (folios 55 y ss) y reproducida en el recurso planteado, respecto a que el cambio jurídico y fáctico experimentado mediante la urbanización, motivó el cambio en la clasificación del suelo, siendo clasificado por el P.G.O.U. como suelo urbano, de forma que, como alegan las defensas, el Ayuntamiento permitió la construcción bajo la conciencia de que el terreno sobre el que se edificaba se había convertido en urbano por la urbanización.

El juzgador de instancia rechaza dicha tesis, razonando que no puede afirmarse que la urbanización había transformado el terreno, pues la urbanización ni siquiera había concluido. El terreno fue declarado por el PGOU de 2004 suelo urbanizable no consolidado por la urbanización (sic). Y de otra parte, señala que “los únicos instrumentos normativos encargados de establecer y desarrollar la ordenación urbanística en el municipio, son los recogidos en el art. 31 del 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. Rechaza que la transformación del terreno pueda operar al margen del planeamiento”. Y afirma que *“el hecho de que la parcela colindante sea suelo sobre el que se puede construir, al estar afectada por un Plan Parcial, que se hayan comenzado obras de urbanización, explica y justifica el cambio de la categoría del suelo, mediante la previa modificación del Plan General de Ordenación Urbana. Justifica, en definitiva, la revisión del planeamiento y su cambio. Pero no produce, ipso facto, ni ipso iure, esta transformación.”*

Concluye el juzgador de instancia que la decisión de construcción sin esperar a la modificación del planeamiento condicionó el planeamiento. *“El uso del suelo se vio afectado, esto es, condicionado por la construcción de El Trompo. Se sustrajo la determinación exacta del suelo al Plan General de Ordenación Urbana, al que se le impuso la nueva clasificación del suelo”*. Añade que: *“No puede afirmarse, sin duda razonable, que en la parcela no se hubiese podido reservar una parte, para un uso distinto a la construcción. Y ello bien por causas internas o externas al propio Ayuntamiento. Muestra de ello, es el folio 631, en el que se puede apreciar una modificación del sistema viario, entre el diseño inicialmente previsto en el año 2000 y el definitivo PGOU o el folio 1026 vuelto, en el que se pueden observar los distintos coeficientes de edificabilidad de la finca, desde la previsión inicial hasta el resultado final. Este documento coincide, en cuanto a la clasificación del suelo, con el documento número 25 de los aportados por la defensa de Juan Carlos de Tomás Martí. Pero, por otra parte, incluso en una zona como la que ocupa El Trompo pueden, y deben existir, zonas libres de edificación.”*

En definitiva, entiende el juzgador de instancia que la previa construcción limitó y condicionó la posterior clasificación del suelo. Se construyó en zona verde y en suelo rústico potencialmente productivo; terrenos que tardarían tres años en ser declarado como urbano. El P.G.O.U. de 2004 cambió la clasificación del terreno o, mejor dicho, se vio obligado a cambiar la clasificación del terreno. Y no ya por la existencia de una urbanización incompleta, como se ha dicho, sino por la existencia de una construcción. Se produjo una legalización sobrevenida de la construcción.





Esta Sala ha de advertir, tal y como alegó la parte recurrente, que el suelo de la parcela triangular sobre la que se construyó la mayor parte del C.C. El trompo fue clasificado por el P.G.O.U. de La Orotava de 2004, como suelo urbano no consolidado por la urbanización, y no como indica la sentencia recurrida, urbanizable no consolidado. No obstante, las alegaciones formuladas por la parte recurrente como fundamento del motivo de impugnación han de ser rechazadas.

Hemos de traer a colocación la STS de 25 de octubre de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo( Sentencia 2289/2016, RC 2756/2015 , la cual señala “... *se considera infringida la denominada doctrina jurisprudencial de la "mancha de aceite", ya que la sentencia impugnada basa su fundamentación en la consideración como colindante de la parcela objeto del litigio con otra que ---según la sentencia--- el Ayuntamiento considera Suelo Urbano Consolidado. El Ayuntamiento reconoce en el desarrollo del motivo que la parcela carece de alguno de los elementos esenciales para su consideración como urbana, si bien la somete a un régimen excepcional, pero niega que el citado elemento de la colindancia implique o suponga el tratamiento unitario que la sentencia reconoce. Es cierto que, en relación con la doctrina jurisprudencial que se cita, hemos reconocido que, ninguna duda existe sobre la posibilidad de distintas calificaciones urbanísticas en el ámbito de una misma parcela catastral, de conformidad con la misma esencia y naturaleza de la potestad de planeamiento, en el ámbito de la realidad física que se planifica. Como hemos expuesto, entre otras muchas, en las SSTS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4784) , 1 de febrero , 8 , 16 , 30 de noviembre y 21 de diciembre de 2011 (RJ 2011, 2931) , 26 de abril de 2012 (RJ 2012, 6266) , y 23 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6794) (RC 4146/2012) "La jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha insistido en la idea de que el suelo urbano sólo llega hasta donde lo hagan los servicios urbanísticos que se han realizado para la atención de una zona urbanizada, y ni un metro más allá (así, en sentencias de 1 de junio de 2000 o 14 de diciembre de 2001 ); también, en la de que el suelo urbano no puede expandirse necesariamente como si fuera una mancha de aceite mediante el simple juego de la colindancia de los terrenos con zonas urbanizadas (así, en la última de las citadas o en la de 12 de noviembre de 1999); o, en fin, en la de que la mera existencia en una parcela de los servicios urbanísticos exigidos no es suficiente para su clasificación como suelo urbano si la misma no se halla enclavada en la malla urbana ( sentencias, entre otras muchas, de 3 de febrero y 15 de noviembre de 2003 ); se trata así ---añaden estas sentencias--- de evitar el crecimiento del suelo urbano por la sola circunstancia de su proximidad al que ya lo es, pero con exoneración a los propietarios de las cargas que impone el proceso de transformación de los suelos urbanizables".*

En este caso, en el informe de la Consejería de Obras Públicas , Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias de 15 de marzo de 2000, sobre la modificación del Plan Parcial Las Arenas Sector 10 de La Orotava, consta que éste se ubica junto a la autopista TF 5 del Norte de Tenerife , en su margen izquierda, entre los enlaces San Nicolás – San Jerónimo y el de la Vera . El proyecto supone la modificación del Plan Parcial Las Arenas aprobado el 7 de abril de 1994. Parte de los terrenos incluidos en los límites del Sector delimitado por el Plan General de Ordenación Urbana de la Orotava vigente ese momento ( P.G.O.U. de 1990), fueron expropiados con motivos de las obras de desdoblamiento con variante de la carretera C 820 de Santa Cruz de Tenerife a Guía de Isora por el Norte, P.K. 32+900 al 39+300. Tramo La Orotava





– Los Realejos, Prolongación de TF 5 expropiaciones efectuadas entre 1993 y 1998. Siendo que la modificación del Plan Parcial Las Arenas que se proponía no contemplaba ninguna alteración de los límites del Sector. A su vez señala dicho informe, que dada la implantación de un futuro centro de servicios constituido por los Polígono de San Jerónimo y de Las Arenas, se rediseña el viario del Plan Parcial creando una rambla prolongación de la actualmente existente en el Polígono de San Jerónimo, que junto con los enlaces 4 y 5 de la Autopista y esta misma, conforman un circuito viario adecuado para garantizar la correcta accesibilidad al área de servicio, siempre que además de lo recogido en el proyecto de Modificación del Plan Parcial se garanticen cuatro actuaciones: dotar de dos carriles a la calzada anular a la glorieta del enlace San Nicolás- San Jerónimo; duplicar la calzada al ramal de acceso que existe desde el enlace de San Nicolas – San Jerónimo a la glorieta situada sobre el barranco de Tafuriarte; se dote de dos carriles a la calzada anular de esa pequeña glorieta situada sobre el citado barranco; y se ejecute el tramo de la futura rambla , que según el nuevo Plan General de Ordenación de La Orotava , en tramitación en la fecha del informe, queda fuera de los límites del Plan Parcial Las Arenas . La aprobación de la modificación del Plan Parcial Las Arenas debía condicionarse al compromiso de los promotores del Plan, de ejecución a su costa de las cuatro condiciones enumeradas.

Del citado informe y de cuantos indicó el juzgador a quo, se desprende que el proyecto de ampliación de la autopista TF 5 supuso la modificación del Plan Parcial Las Arenas aprobado el 7 de abril de 1994, no obstante, la superficie triangular sobre la que se asienta la mayor parte del Centro Comercial El Trompo, aneja al Sector 10 , no ha contado, con anterioridad al P.G.O.U. de La Orotava publicado el 16 de julio de 2004, con la clasificación de SUC, es más, ni de suelo urbano, sino rústico potencialmente productivo. Dicha superficie no estaba incluida en el ámbito territorial del Plan Parcial Las Arenas, Sector 10, conforme al P.G.O. U. de La Orotava, publicado el 28 de noviembre de 1990, ni conforme al nuevo P.G.O.U. publicado el 16 de julio de 2004 . En el P.G.O.U. de 2004, la superficie triangular en cuestión, fue catalogada como suelo urbano no consolidado por la urbanización con delimitación de Unidad de Actuación.

*El Decreto Legislativo 1/2000 de 8 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias establece en su artículo 49, Clases de suelo 1. El suelo de cada término municipal se clasificará por el Plan General, de acuerdo con el planeamiento de ordenación de los recursos naturales y territorial, dentro de un criterio de desarrollo sostenible, en todas o algunas de las siguientes clases: a) Urbano. b) Urbanizable. c) Rústico. El artículo 50 define como suelo urbano: a) Los terrenos que, por estar integrados o ser susceptibles de integrarse en la trama urbana, el planeamiento general incluya en esta clase legal de suelo, mediante su clasificación, por concurrir en él alguna de las condiciones siguientes:1) Estar ya transformados por la urbanización por contar con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, en condiciones de pleno servicio tanto a las edificaciones preexistentes como a las que se hayan de construir.2) Estar ya consolidados por la edificación por ocupar la misma al menos dos terceras partes de los espacios aptos para la misma, de acuerdo con la ordenación que con el planeamiento general se establezca. En su artículo 51 establece “Suelo Urbano: categorías En el suelo urbano, el planeamiento establecerá todas o alguna de las siguientes categorías: a) Suelo urbano consolidado, integrado por aquellos terrenos que, además de los servicios previstos en el apartado a)1 del*





*artículo anterior, cuenten con los de pavimentación de calzada, encintado de aceras y alumbrado público, en los términos precisados por las Normas Técnicas del Planeamiento Urbanístico y el Plan General. b) Suelo urbano no consolidado por la urbanización, integrado por el restante suelo urbano”.*

Y como viene señalando la doctrina jurisprudencial, la jurisprudencia según la cual hay que estar a la realidad material del suelo y no a la clasificación del mismo conforme al Planeamiento (la llamada fuerza normativa de lo fáctico), es aplicable cuando es el particular quien impugna la denegación de una licencia con base a un planeamiento no ajustado a la realidad urbanística del suelo, pero no lo es, cuando se trata de una Administración que, en ejercicio de sus competencias, otorga una licencia desconociendo la clasificación del suelo y, por tanto, sin sujetarse a un ordenamiento jurídico que la vincula (art 9.1 CE), sin perjuicio de la posibilidad de instar la modificación de aquel planeamiento, si es que, realmente, era disconforme con la realidad.- En ese sentido se pronuncia la Sta. del T.S.J.C. Sala de lo Contencioso Administrativo de La Palmas de Gran Canaria de 10 de noviembre de 2003 RCA nº 1.163/98, la cual señala además que *“En resumen, incluso la realidad del suelo (si es que era materialmente urbano, lo cual no se acreditó) no bastaría para otorgar la licencia sin la necesaria solicitud de autorización previa del Director General de Urbanismo, por lo que al no haberse respetado dicha exigencia puede decirse que se vulneró el procedimiento legalmente establecido (art 62.1 e), por lo que el acto de otorgamiento de licencia es radicalmente nulo”.*

Por lo tanto, aún cuando la realidad urbanística del suelo de la parcela triangular sobre la que se asienta mayormente el centro multiusos El Trompo, fuera de suelo urbano, por estar dotada materialmente de los servicios urbanísticos precisos para ostentar dicha condición conforme a los preceptos legales citados anteriormente, el otorgamiento de la licencia de legalización de la obra al recurrente Sr. Jiménez mediante Decreto de 11 de octubre de 2002, se hizo con base en la normativa aplicable al Plan Parcial Sector 10 y en la aprobación inicial del Plan General de Ordenación del municipio de La Orotava por el Ayuntamiento, aprobación inicial que nunca bastaría para el otorgamiento de la licencia, pues la voluntad corporativa manifestada al aprobar inicialmente e incluso de forma provisional, un Plan de Ordenación Urbanística, no tiene ni virtualidad obligatoria, ni da cobertura jurídica de ninguna clase a licencias urbanísticas, en tanto no sea aprobado definitivamente por el órgano competente, en este caso la C.O.T.M.A.C. ( art 42.1 del *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* ).

A mayor abundamiento, conforme al artículo 120 . 1. del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento del Planeamiento Urbanístico: *“ La aprobación inicial de los Planes, Normas, Programas, Estudios de Detalle o de su reforma determinará por sí sola la suspensión del otorgamiento de licencias para aquellas áreas del territorio objeto del planeamiento, cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanístico vigente. No obstante, podrán concederse licencias basadas en el régimen vigente, siempre que se respeten las determinaciones del nuevo planeamiento”.* En consecuencia la aprobación inicial del nuevo P.G.O.U. de La Orotava , debió determinar la suspensión del otorgamientos de licencias de edificación en la parcela en cuestión.

A la vista de lo expuesto, la licencia de legalización de las obras concedida mediante Decreto de 11 de octubre de 2002, no era ajustada a derecho .





**OCTAVO.-** Así mismo, la parte recurrente combate el hecho probado de la sentencia impugnada relativo al exceso de volumetría del edificio El Trompo, basándose en la mayor credibilidad que otorgó el juzgador de instancia al informe pericial del perito judicial, D. Juan Jesús Oliva, frente al informe pericial de D. José Ángel Domínguez Anadón, basándose en la existencia de errores materiales y formales y de cómputo de superficies por parte del perito judicial . Señala que en cuanto a la medición de la parcela, el perito judicial llevó a cabo una medición manual, mediante comprobación y superposición de planos, admitiendo un posible error en su medición de un 0,5% y 1% y coincidiendo con la del primer informe de perito Sr. Domínguez Anadón , 25.847, 70 m<sup>2</sup> . No obstante según la ficha del Plan General del 2004 la superficie de la parcela de El Trompo en la Unidad de Actuación Las Arenas, asciende a 26.146 m<sup>2</sup>, por lo que el juzgador incurrió en error al declarar probado que el Plan General redefinió la parcela en 25.847,70 m<sup>2</sup> en la Unidad de Actuación Las Arenas , pues dicha cifra es la resultante de la medición del perito judicial Sr. Cabrera. Señale la recurrente que el perito judicial reconoció que no hizo medición topográfica in situ de la parcela, sino que se basó en los metros del proyecto y en su informe de mayo de 2010, y declaró haber efectuado mediciones manuales plano a plano. Sin embargo, el perito Sr. Domínguez Anadón midió digitalmente in situ la parcela, pero más allá de mediciones de peritos , la superficie de la parcela según el Plan General de 2004 en la ficha correspondiente aportada al folio 1184 es de 26.146 m<sup>2</sup>, siendo esta la superficie real que debiera considerarse y no la de 25.847,70 m<sup>2</sup> que señaló el perito judicial, el cual admitió que la superficie que señaló en el proyecto podría ser disminuida si se quisiera atender al Plan General en esos 298 metros. En consecuencia siendo el coeficiente edificabilidad establecido por el P.G.O.U. De 2004 de 1m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup> , resulta una diferencia de entre ambas superficies de -298,30 m<sup>2</sup> que habría que deducir, sin perjuicio de otros razonamiento de los 2137,20 m<sup>2</sup> de exceso de construcción que declara probado la sentencia impugnada en el hecho noveno .

En segundo lugar, en cuanto a la superficie construida, alega la parte recurrente que el perito judicial admite un error de mediación de un 0,5 -1% por los métodos utilizados , como recoge la propia sentencia, sin embargo el juzgador no descuenta el margen de error . Siguiendo la medición del perito judicial sobre la base de 27.984, 90 m<sup>2</sup> atribuidos a la edificabilidad real del edificio ( folio 1125) deberían deducirse , también de los 2137,20m<sup>2</sup> de exceso de edificación declarados en sentencia, el 1% de 27.984, 90 m<sup>2</sup> de margen de error, es decir 279,85m<sup>2</sup> admitido por el perito judicial.

En tercer lugar, la parte recurrente impugna los argumentos contenidos en la sentencia de instancia sobre la razonabilidad de medir lo construido desde el paramento interior del muro ( de cerramiento al exterior) o desde el paramento exterior de ese mismo muro, atribuyendo una y otra alternativa a uno u otro perito y decantándose por la que atribuye al perito judicial. La realidad es que ninguno de los peritos ha sostenido tales cosas, según alega el recurrente. Realmente la controversia entre los dos peritos está planteada en otros términos: el perito judicial sostiene que el túnel que se puede apreciar en las fotografías que obran al folio 1198 es un patio interior y una fachada, lo que conduce a computar a partir de ella una profundidad de 40 metros edificadas en semisótano 1 . Frente a ello, al perito Sr. Domínguez Anadón , sostiene lo contrario, que el túnel no es patio interior, lo que es obvedad fáctica según fotografía obrante al folio 1198. Un patio es una parte de un edificio vacía y no techada y el perito dibuja en sus





gráficos el túnel, sin techar y sin embargo lo cuantifica en la superficie aplicable , computándolo como exceso de la superficie construida. El perito en el plenario trató de explicar tales contradicciones en base a la interpretación del art. 66 del P.G.O.U., respecto al cómputo de superficie edificada de las plantas situadas por debajo de la baja. Señala la parte recurrente que el perito yerra cuando califica el túnel como fachada y en base a ello aplica el art. 66 del P.G.O.U. de 2004, haciéndole decir lo que no dice, y computa el túnel como superficie edificada, generando un exceso de unos 1600m<sup>2</sup> . En todo caso, señala la recurrente, si lo anterior no basta para aceptar la inaplicabilidad del supuesto de apertura de huecos de fachada, lo que no puede negarse es que la consecuencia no sería que se haya de considerar el semisótano 1 como planta computable a todos los efectos, sino una franja de 12 metros de profundidad. Y multiplicado el arco de 74,50 mts que resultaría afectado por tal interpretación por los 12 mts que señala el art. 66 del P.G.O.U. Resultan 894m<sup>2</sup> computables en lugar de 1589,58m<sup>2</sup> de superficie que el perito judicial añadió a su medición original . La diferencia son -695,58m<sup>2</sup> que los -578,15m<sup>2</sup> por mayor superficie de parcela y error admitido , son -1273,73 m<sup>2</sup> . Por ello la superficie a demoler no serían los 2137,20m<sup>2</sup> sino 863,47m<sup>2</sup>.

*Examinados los autos remitidos no se aprecia el error alegado por la defensa del recurrente a la hora de valorar el juez a quo las pruebas ante él practicadas.* Una vez más cabe señalar que cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación -como en el presente caso- es la valoración de la prueba personal ( la pericial lo es ) llevada a cabo por el Juez "a quo", en uso de las facultades que le confiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio, debe partirse, por regla general, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que, el encausado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (artículo 24 de la Constitución), pudiendo el juzgador de instancia, desde su privilegiada posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran (encausado y testigos) en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de estos, ventajas de las que, en cambio, carece el órgano llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. De ahí que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, ( facultad, insistimos, reconocida en el artículo 741 citado), es plenamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, únicamente debe ser rectificado, cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del juzgador "a quo" de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

En este caso, la resolución impugnada expone los elementos probatorios que permiten fundar su pronunciamiento declarando probado en el apartado noveno del relato de hechos probados, que el Plan General de Ordenación Urbana de 2004, redefinió la superficie de las parcelas. El edificio El Trompo, sigue asentándose en las dos parcelas anteriores. La primera, actualmente





conocida como Unidad de Actuación Las Arenas, tiene una superficie de 25.847,70 metros cuadrados y la segunda, el Sector 10, de 1776,80 metros cuadrados. Ambas zonas son, tras el Plan General de Ordenación de 2004, urbanizables.

La edificabilidad, según el planeamiento, es de un metro cuadrado por un metro cuadrado. Por tanto, la edificabilidad máxima en la Unidad de Actuación Las Arenas es de 25.847,70 metros cuadrados.

La edificabilidad real de la edificación del Trompo sobre esa parcela es de 27.984,90 metros, produciéndose un exceso de 2.137,20 metros cuadrados.

Señala el juzgador a quo de forma razonada, que los informes periciales de D. Juan Jesús Cabrera Oliva merecen mayor credibilidad que los informes del perito D. José Ángel Domínguez Anadón, al explicar de forma más clara y precisa la medición del suelo y las razones por las cuales el actual edificio El Trompo, excede del límite de edificabilidad permitido por el Plan General de Ordenación Urbana de 2004. Y razona, dejando al margen las consideraciones sobre la calificación del suelo sobre el que se levanta la mayor parte del centro comercial El Trompo, a la que ya nos hemos referido, que el perito D. Juan Jesús Cabrera, lleva a cabo una mediación manual, mediante la comprobación y superposición de planos. El perito Sr. Cabrera admite un posible error en su medición de un 0,5-1 %, pero pese a ello, la medición de la finca es sustancialmente idéntica a la del perito D. José Ángel Domínguez Anadón, 25.847,90 metros frente a los 25.847,70 metros del primer informe pericial de éste. De ahí que D. Juan Jesús Cabrera asuma la medición de 25.847,70 metros cuadrados. La sentencia impugnada añade “ *El método manual empleado se revela como especialmente certero.*”

*Frente a ello, José Ángel Domínguez indica que encargó la medición de la parcela a un topógrafo, y que no la llevó a cabo por él mismo. Y ello es especialmente relevante, porque el perito cambia de medición sin una verdadera razón. José Ángel Domínguez, una vez que el perito judicial realiza los nuevos cálculos con los planos que había solicitado, de repente descubre que la primera medición no es exacta. Por ello, decide enviar al topógrafo a realizar una nueva medición y descubre que no se ha incluido una parte de la parcela. La explicación no resulta creíble. De un lado porque parece extraño que a un topógrafo se haya olvidado de la parte de la finca. De otro porque no se ha llamado a declarar a esta persona para que pueda corroborar este “olvido”. Pero en todo caso, la modificación sólo se lleva a cabo una vez que el perito judicial recibe toda la documentación y mide la parcela.*

*En tercer lugar, José Ángel Domínguez Anadón critica, en el folio 1193 de su informe, que Juan Jesús Cabrera mida el fondo edificable en las plantas inferiores a la baja partiendo del paramento interior del muro, manifestando que este argumento es “novedoso y carente de fundamento normativo”. Evidentemente, no existe una norma jurídica que indique el punto inicial de la medida de las plantas inferiores al suelo de una edificación a los efectos de calcular el volumen según PGOU de la Orotava. Desconozco si existe alguna forma urbanística para llevar a cabo dicho cálculo, pero lo cierto es que el perito José Ángel Domínguez Anadón no la ha aportado. Es más, este señala que para determinar esta mediación, debe atenderse al “sentido común” para interpretar el PGOU.*

*Pues el sentido común lleva a la conclusión de que el perito judicial acierta al medir la superficie desde el paramento interior. El PGOU de 2004 amplió la superficie edificable en*





plantas por debajo de la baja a 12, respecto de la que recogía el PGOU de 1990, de 10 metros, como reconocieron ambos peritos. Parece lógico que esto obedece a una intención de ampliar el espacio comercial o residencial, en plantas inferiores a la baja. Por ello, parece razonable que esta superficie de 1249 metros sea real, esto es, que se compute desde el límite del paramento interior y que dentro de estos 12 metros no quede incluido el volumen del muro o de la fachada.

Es lógico que si se pretende ampliar la zona comercial o residencial, congruentemente, se vea ampliado el volumen del edificio. Entiendo cabal y razonable el argumento de Juan Jesús Cabrera (folio 1124 in fine) y completamente desacertada la crítica de José Ángel Domínguez Anadón. Es más este último ni siquiera propone una alternativa a lo indicado por Juan Jesús Cabrera.

En cuarto lugar, y también en relación con esta última cuestión, José Ángel Domínguez Anadón interpreta, a mi juicio, de forma errónea el artículo 66 del PGOU. Muestra de ello es el folio 1199, en el señor Anadón manifiesta que el hipotético cierre del muro implicaría que dejase de ser considerado una fachada, si se diesen por buenas las premisas del perito judicial.

Considero que el art. 66 PGOU no determina la consideración de fachada, en exclusiva, atendiendo a la existencia de un hueco, sino también a la posibilidad de que este se pueda abrir. Es decir, si diésemos por válida la afirmación del perito judicial, el hecho de que el promotor tapiase esa zona no implicaría el cambio de valoración de la zona a efectos de volumen de edificabilidad, como sostiene el señor Anadón. La solución de este perito no resolvería el hipotético exceso.

En quinto lugar, en el folio 1194, José Ángel Domínguez Anadón incurre en un error esencial, en relación con la medición de las entradas y salidas a los garajes. El perito hace referencia al apartado 3, del artículo 66 del PGOU, indicando que del cómputo de edificabilidad están excluidos los pórticos y los porches. Ahora bien, el artículo 66.3 del PGOU de la Orotava dispone: "En el cómputo de la superficie edificada por planta quedan excluidos los sótanos, salvo las excepciones contempladas en estas Normas; los patios interiores de parcelas que no estén cubiertos; los pórticos o porches en plantas bajas porticadas, excepto las porciones cerradas que hubiera en ellos y siempre que su superficie no exceda al 20% de la superficie total del correspondiente nivel; los elementos ornamentales en cubierta que no sean susceptibles de ser ocupados por espacios habitables; y la superficie bajo cubierta inclinada, si carece de posibilidad material de uso o está destinada a instalaciones generales del edificio como depósitos de agua."

La exclusión del cómputo de la edificabilidad, por tanto, no es total, sino sólo en el caso de plantas bajas. Pero en el informe del perito de parte, se indica expresamente que la entrada al garaje se encuentra "bajo rasante" (folio 1195 supra). En definitiva, no es aplicable a los garajes la exclusión de edificabilidad pretendida por este perito.

Por último, José Ángel Anadón, con evidente sorna, intenta descalificar al perito judicial, en el folio 1192 al criticar que Juan Jesús Cabrera hubiese confiado en el proyecto original y, por tanto, no se hubiese pronunciado sobre la edificabilidad en su primer informe. El intento de descalificación no logra su propósito, sino más bien el contrario. Resta credibilidad al propio.





*Por todo lo dicho, rechazo el informe pericial elaborado por José Ángel Domínguez Anadón, considerando que incurre en demasiadas inexactitudes, dando por buenas las mediciones del perito judicial, Juan Jesús Cabrera Oliva.*

*El informe de este último es objetivo, imparcial y se redacta con un lenguaje claro y fácilmente entendible. Explica de forma razonable las modificaciones de las parcelas tras la aprobación del nuevo PGOU, la medición de éstas y los coeficientes de edificabilidad. Asimismo, no duda en reconocer la posible existencia de un margen de error, lo que refuerza la credibilidad de su informe. En cualquier medición es obvio que pueden existir fallos. No reconocerlos pone en duda la medición. Por otra parte, critica acertadamente el informe de Luciano Parejo. Por todo ello, se acogen sus conclusiones, que son las que figuran en los hechos probados.”*

Partiendo de que la determinación de la certeza de los hechos que se declaran probados ha sido realizada en base a la valoración de las pruebas personales practicadas (y las periciales lo son), como ha declarado la Jurisprudencia y ha sostenido esta Sala, la valoración de dichas pruebas en un juicio depende esencialmente de la percepción directa del tribunal de instancia (cfr. STC 167/2002; 197/2002; 198/2002; 200/2002; 212/2002; 230/2002; 68/2003; SSTS de 13 de noviembre de 2002 y 21 de mayo de 2002) y que difícilmente por tanto puede ser revisada por un Tribunal que no ha podido ver a esos peritos ni escuchar su declaración, el motivo debe ser desestimado. Y ello porque, no advertimos razones en esta segunda instancia, para sustituir la valoración probatoria realizada por el juez de instancia, al haberse basado en las facultades que le atribuye el artículo 741 de la ley de enjuiciamiento criminal y contando con las ventajas y garantías de la oralidad, inmediación y contradicción en la práctica de las pruebas exponiendo de manera detallada la argumentación de la prueba practicada, que no se aprecia errónea, ilógica o absurda por lo que no cabe ser revisada en esta alzada.

El motivo de impugnación referido al error en la valoración de la prueba y vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ha de ser desestimado.

**NOVENO.-** En cuanto al motivo de impugnación referido al error en la aplicación del derecho por infracción del art. 319 del C.P. , ausencia de tipicidad de los hechos declarados probados y ausencia de dolo.

Señala la parte recurrente que el cambio de planeamiento urbanístico que se produjo durante la ejecución de las obras de edificación del edificio El Trompo y que la sentencia impugnada refiere que las obras se iniciaron en segunda mitad de 2001, estando vigente el P.G.O.U. 1990 y finalizaron el 4 de diciembre de 2004 , vigente el P.G.O.U. de 2004 . En ese periodo temporal se produjo un cambio de planeamiento urbanístico, que permite la legalización de la obra, pues según el P.G.O.U. de 2004 , el suelo donde se asentaba, se clasificó como suelo urbanizable y la edificación es compatible con los usos legalmente permitidos. Invoca la recurrente que debe ser aplicada retroactivamente la legislación extrapenal más beneficiosa. Asimismo la parte apelante señala que ha de ser descartada la actuación dolosa del encausado, D. Ambrosio Jiménez, pues no era conocedor de que en la parcela triangular no se podía construir, máxime siendo concedida licencia de legalización de la obra por Decreto 312/2002 de 11 de octubre

El bien jurídico protegido en el delito contra la ordenación del territorio por el que resultó condenado el apelante se analiza en la sentencia de 21 de junio de 2012 (RJ 2012, 6963) 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 las 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 28.3 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. 45y 47CE ), 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".

Hemos de señalar que no se puede aceptar que desaparezca la punibilidad, por la posibilidad de que una modificación del planeamiento modifique la calificación del suelo. Cuando el legislador introduce en el artículo 319.2 y en el 319.1 del C.P. tras al reforma de la LO. 5/2010 de 22 de junio, 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 clasificación, es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la Administración competente en materia urbanística, incluso aquellos supuestos sujetos al procedimiento de cooperación interadministrativa del art. 11 del D. Legislativo 1/2000 de 8 de mayo , que aprobó el T.R.L.O.T.C. y E.N.C., 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 o zona verde, sino que es necesario que, además, sea contraria a la legalidad urbanística objetiva y formalmente vigente en ese momento y que, por ello, no hubiera sido posible su autorización, como ocurre en el supuesto que nos ocupa.

Como bien señala el juzgador a quo en la sentencia impugnada, El Trompo ocupa dos parcelas según el Plan General de Ordenación Urbana (en adelante P.G.O.U.) de la Orotava, tanto del de 1990 como del de 2004. La mayor parte se asienta sobre el terreno adyacente al Sector 10. Tras la entrada en vigor del Plan General de 2004, esta parcela recibe el nombre de Unidad de Actuación las Arenas. Y a los folios 621 a 631 obra el informe de 6 de agosto de 2007 del arquitecto municipal, D. Fernando Hernández García, encargado del Área de Intervención Urbanística del Ayuntamiento de la Orotava, quien lo ratificó en el plenario e informó, que El Trompo se construyó sobre suelo rústico potencialmente productivo agrícola, vulnerando así el art. 94 de las normas urbanísticas del PGOU de 1990. El Sr. Hernández García recoge en el informe citado que el precepto infringido señaló respecto a la zona agrícola potencialmente productiva, lo siguiente : “definición: es aquella que por su climatología y adecuación tiene un alto índice de productividad actual o potencial para el uso agrícola”. “Usos permitidos: 1. todos los constituidos por la actividad agrícola. Las edificaciones e instalaciones no residenciales en parcelas superiores a 1000 m2 inscritas antes de la aprobación inicial exclusiva y directamente relacionadas con la agricultura, en una planta sobre cualquier punto del terreno. La superficie construida máxima será de 50 m2. La edificación será aislada y con 100% de tejado . Los retranqueos serán de 2 metros como mínimo”. “Todos los usos no edificatorios que no comprometan el uso agrícola potencial”. “Usos y actividades prohibidas:.... el uso edificatorio en general”.

También informó el Sr. Hernández García, que el nuevo P.G.O.U. que entró en vigor el 16 de julio de 2004, otorgó una nueva clasificación al suelo sobre el que se asienta El Trompo, en parte como suelo urbano no consolidado por la urbanización , incluido en la Unidad de Actuación Las Arenas , y una pequeña porción de suelo ocupado por el edificio fue clasificado como suelo urbanizable sectorizado ordenado , incluido en el Sector “Las Arenas SUSO – Las Arenas “ .

Por último, como se recoge en la sentencia impugnada, el arquitecto municipal Sr. Hernández García informó que la modificación del Plan Parcial del Sector 10, Las Arenas aprobada definitivamente por el Pleno del Ayuntamiento de La Orotava el 23 de mayo de 2000, no ordenó los terrenos ocupados por el centro comercial El Trompo, ni los adscribió formalmente al Sector 10, ya que estaban fuera de su ámbito de actuación, que había sido definido por el P.G.O.U. 1990 exclusivamente sobre el Sector 10. Y posteriormente el P.G.O.U. de 2004, tampoco adscribió al Sector 10 los citados terrenos ocupados por el centro comercial El Trompo, sino que los incluyó en un ámbito independiente de suelo urbano no consolidado por la urbanización , U.A. Las Arenas .

La clasificación como suelo rústico agrícola potencialmente productivo, del terreno ocupado mayormente por el centro comercial de El Trompo, constaba en el informe de los técnicos municipales del Área de Urbanismo obrantes en el expediente de legalización nº 312/2002 , a los folios 187 y siguientes , folios 45 y siguientes y folios 251 a 254 , de fecha 10 de octubre de 2002, que señala que el suelo donde se levanta el proyecto del edificio multiusos del que se solicita licencia, “ formalmente según el Planeamiento vigente lo clasifica como rústico agrícola





potencialmente productivo, y en la revisión del mismo, hoy en fase de aprobación inicial , como urbano de calificación de edificación industrial abierta”.

También obra en el expediente de legalización nº 312/2002 , el informe de 7 de octubre de 2002, emitido por los arquitectos D. Argeo Semán Díaz y D. Jesús Romero Espeja, que formaban parte del equipo redactor del documento de Revisión del Plan General de Ordenación de Urbana, el cual estaba aprobado inicialmente y en fase de redacción para su aprobación provisional en esa fecha. En dicho informe ( folio 249 y siguientes) emitido a petición del Concejal de Urbanismo de La Orotava, los arquitectos reseñados informaban, con base en un documento de aprobación inicial de la Revisión del Plan General de Ordenación, sobre el documento del Proyecto Básico de centro de ocio Polígono San Jerónimo, promovido por Proyectos Inmobiliarios Las Arenas S.L. , señalando que dicho Proyecto Básico desarrolla el centro de ocio ubicado junto al Polígono de San Jerónimo, Plan Parcial Las Arenas Sector 10. Con base en la Aprobación Inicial de la Revisión del Plan General de Ordenación de La Orotava, los terrenos sobre los que se pretende desarrollar el mencionado centro de ocio están clasificados y categorizados como suelo urbano no consolidado por la urbanización, incluidos en la Unidad de Actuación Las Arenas, la cual tiene una superficie de 42.619m<sup>2</sup>, edificabilidad media de 0,364 m<sup>2</sup>, uso industrial y comercial. La tipología de edificación prevista en la parcela donde se ubica el citado proyecto es edificación industrial abierta, ocupación 45%, altura 2 plantas, retranqueo 5 metros a vía, edificabilidad 0,90 m<sup>2</sup> c/m<sup>2</sup> y fondo máximo edificable de 45 m . Las vías que circundan el terreno donde se ubica el proyectado centro de ocio y que pertenecen al sistema de viario de la Unidad de Actuación no son Sistemas Generales de Plan General Y los mencionados arquitectos advirtieron que el nuevo Plan General de Ordenación Urbana estaba pendiente de aprobación definitiva por lo que todavía se podían producir *“modificaciones, derivadas del proceso de contestación de las alegaciones y las consideraciones relativas a cuestiones planteadas durante el proceso de información pública, tanto por interés municipal, convenio, gestión urbanística, etc, como por interés supramunicipal”*. En consecuencia, en ese momento se desconocía qué tipología de edificación se podría llevar a cabo *“ formalmente “* en cada parcela afectada por la revisión del Plan General y, en concreto, en el terreno ocupado por El Trompo.

Recordemos que tras la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de 2004, la parcela sobre la que se asienta la mayor parte de dicha edificación, se corresponde con la parcela denominada Unidad de Actuación Parcial Las Arenas, excluida de la delimitación territorial del Plan Parcial del Sector 10, siendo el suelo clasificado de urbano no consolidado por la urbanización; y una parte del suelo correspondiente al Sector 10 , clasificado como suelo urbanizable sectorizado ordenado por el P.G.O.U. Así se desprende también de la documental obrante a los folios 1025 y siguientes de las actuaciones .

En las actuaciones obra al folio 1030, informe de octubre de 2009 , emitido por la técnica municipal del área de Intervención Urbanística, Doña Violeta Trujillo, al que se hace referencia la sentencia impugnada. Y en el mismo consta que según el art. 96.5 de la Normativa de la Ordenación Pormenorizada del Plan General de Ordenación de La Orotava aprobado y en vigor , para la tipología de Edificación Abierta de Ordenación Singular , ES, el retranqueo de la edificación a todos los linderos es de 5 metros . Según se desprende de la superposición efectuada entre la fotografía aérea y el plano digitalizado de la Ordenación Pormenorizada del Plan General vigente, la parcela que ocupa el edificio multiusos El Trompo , estaría clasificada ,





de acuerdo con el Plan General vigente ( B.O.C. 16 de julio de 2004) de la siguiente forma : por un lado, y casi en su totalidad, como un suelo urbano en la categoría de no consolidado por la urbanización, dentro de la Unidad de Actuación Las Arenas . Y por otro , la esquina sureste del edificio del centro comercial El Trompo, dentro de suelo urbanizable sectorizado ordenado por el Plan General SUSO- PG Las Arenas , lo que sería el Plan Parcial del Sector 10, Las Arenas y con tipología aplicable de edificación abierta de Ordenación Singular ES .

Tales condiciones también se desprenden del informe unido a los folios 1028 y 1029 del arquitecto municipal, D. Fernando Hernández García, quien añade que los coeficientes de edificabilidad y la tipología de la edificación establecidos por el Plan General de Ordenación, aprobado definitivamente en 2003 por la C.O.T.M.A.C., sobre el terreno en el que se desarrolla el centro comercial El Trompo, son: 1.- clasificación:suelo urbanizable sectorizado ordenado; Tipología edificación: edificación singular. Edificabilidad : 0,75m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>s.

2.- Clasificación: suelo urbano no consolidado por la urbanización. Tipología edificatoria: edificio singular , edificabilidad 1m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>s.

Señala el juzgador a quo en cuanto a la situación exacta del centro comercial El Trompo, que se observa en los planos aportados como documental y en los planos adjuntos a los informes periciales. También de las manifestaciones de los peritos D. Juan Jesús Cabrera y D. José Ángel Domínguez Anadón. Conforme al informe del perito Sr. Cabrera obrante a los folios 1091 y siguientes, la edificación cuestionada antes de la aprobación definitiva del P.G.O.U. de 2004 , ocupaba 3.290,50 m<sup>2</sup> dentro del ámbito del Plan Parcial Las Arenas Sector 10, superficie destinada a zona verde y viarios . Añadiendo que dicha infracción se subsanó por el P.G.O.U. de 2004 ( folio 1156) . Así consta en el informe del Sr. Cabrera que después de la aprobación definitiva del P.G.O.U. de 2004 , el centro comercial El Trompo ocupaba 1776,80m<sup>2</sup> , dentro del ámbito del Plan Parcial Las Arenas, siendo la clasificación y calificación de dicho suelo urbanizable sectorizado ordenado por el Plan General, según hemos expuesto anteriormente. Resultan representativos los planos obrantes a los folios 1101 a 1105 y los adjuntos al informe de la técnico municipal, Doña Violeta Trujillo, obrantes a los folios 1030 y siguientes, y en su comparación se observa la modificación realizada por el P.G.O.U. de 2004 en los linderos existentes entre el ámbito territorial del Plan Parcial Las Arenas Sector 10 y la parcela triangular adyacente, lo que determinó que tras la aprobación del P.G.O.U. de 2004 la superficie que ocupa El Trompo dentro del ámbito del Plan Parcial Las Arenas Sector 10, resulte inferior correspondiéndose con la superficie cuadrangular que abarca los puntos B, C,D,E y B de los planos obrantes a los folios 1030 y siguientes y la señalada en el plano adjunto al informe del Sr. Cabrera, al folio 1104, con medición de 1776,80m<sup>2</sup>.

Dicho cuanto antecede, hemos de partir de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada en sus apartados segundo, tercero y cuarto, al no advertir motivos que justifiquen la revisión de los mismos, a excepción de lo indicado en esta sentencia sobre la clasificación del suelo de la Unidad de Actuación Las Arenas, tras la aprobación de definitiva del P.G.O.U. de 2004, como suelo urbano no consolidado, pues no se aprecia en la valoración de las pruebas realizada por el juez a quo irracionalidad, ni arbitrariedad .

Recoge la sentencia impugnada como hechos probados : “ *SEGUNDO. En una fecha no determinada, pero en todo caso con anterioridad a noviembre de 2001, Ambrosio Jiménez Quintana, como administrador único de la mercantil Proyectos Inmobiliarios Las Arenas,*





promovió y comenzó la construcción de la edificación hoy conocida como el centro comercial “el Trompo”.

En concreto, el 15 de noviembre de 2001, las obras ya se habían iniciado. Se habían realizado movimientos de desmonte y se había comenzado la construcción de pilares. El 15 de febrero de 2002, se había llevado a cabo la cimentación del centro comercial y se habían colocado columnas.

La obra del Trompo se elevó sobre el sector adyacente al Sector 10, según el Plan General de Ordenación Urbana del municipio de la Orotava de 1990, vigente en el momento en que se inicia y desarrolla la construcción; y, sobre un pequeño terreno perteneciente al Sector 10. Según este Plan, el suelo sobre el que mayoritariamente se asentaba este edificio, la parcela anexa al Sector 10, era rústico, potencialmente productivo. El suelo del Sector 10 estaba clasificado como urbanizable, si bien la parte del terreno sobre la que se edificó el Trompo estaba destinado a zonas verdes.

El acusado, Ambrosio Jiménez Quintana, era conocedor de que el Trompo se llevaba a cabo sobre suelo rústico y sobre zonas verdes, esto es, sobre terreno en el que no se podía llevar a cabo una edificación de esa naturaleza. Pese a ello, y pese a conocer que conforme al Plan General de Ordenación Urbana vigente nunca se podría autorizar allí una construcción de esas características, decidió llevarla a cabo.

Este edificio terminó de construirse el 2 de diciembre de 2004, fecha del certificado final de obra.

El nuevo Plan General de Ordenación Urbana aprobado definitivamente el 16 de julio de 2004, denominaría la parcela sobre la que mayoritariamente se construyó el Trompo como Unidad de Actuación de las Arenas. Esta parcela se clasificó como suelo urbanizable no consolidado por la urbanización (sic). El terreno del Sector 10 sobre el que se asentó el Trompo dejó de ser zona verde.

TERCERO. Los agentes de la Policía Local de la Orotava con números de identificación profesional A-31 y A-34, así como el cabo de la Policía Local con número de identificación C-09, realizaron sendas visitas a esta parcela aneja al Sector 10. Estas visitas se realizaron el 15 de noviembre de 2001 y el 15 de febrero de 2002.

Tras estas inspecciones, la Policía local puso en conocimiento del Ayuntamiento que se estaban realizando obras sin contar, aparentemente con licencia. El 3 de mayo de 2002, el aparejador municipal, Melecio Tamajón Hernández, acude a las obras, y describe lo construido como “estructura bajo rasante en su lado sur, lado oeste y parte del lado norte encontrándose en la esquina noroeste “dos alturas”.

A continuación, el Ayuntamiento de la Orotava acuerda, de forma inmediata, la suspensión de la obra.

El 7 de mayo de 2002, el acusado Isaac Valencia Domínguez, como alcalde de la Orotava, con base en las indicaciones del aparejador municipal y en el informe jurídico previo dicta un Decreto por el que adopta las medidas de “mantenimiento” de suspensión de la actividad edificatoria denunciada. Esta construcción fue definida como una “estructura bajo rasante” en un lugar conocido como Polígono industrial Las Arenas, se le atribuyó a la empresa COINTE





SA, que figuraba en el informe como “presunto responsable”. El Decreto especificaba que la suspensión afectaba “en lo que exceda de las previsiones expuestas por el Ingeniero Director de obras de urbanización”.

En consecuencia, el mencionado Decreto requiere al interesado, esto es, al acusado Ambrosio Jiménez Quintana, también administrador de la mercantil COINTE SA, para que en el plazo de 3 meses instase la legalización de la obra. La estructura que se estaba ejecutando se corresponde con los cimientos de lo que posteriormente sería el centro comercial el Trompo.

El 10 de julio de 2002 Ambrosio Jiménez Quintana solicita la licencia de obra mayor para la legalización del edificio el Trompo. A continuación se inicia la tramitación del expediente administrativo que finalizaría con la concesión de la licencia 312/2002, el día 11 de octubre de 2002.

CUARTO. En la tramitación del anterior expediente, los técnicos municipales emitieron el preceptivo informe técnico con fecha 10 de octubre de 2002. El aparejador municipal, Emilio la Roche, con el visto bueno del arquitecto municipal, Fernando Hernández García, se limitó a constatar una serie de incumplimientos (en materia de seguridad contra incendios, alineaciones y rasantes, estudio de seguridad, seguridad e higiene, control de vertidos, actividades clasificadas, ventilación e iluminación...) y a informar sobre la clasificación del suelo como rústico potencialmente productivo.

El expediente no cuenta con el obligatorio informe de los servicios jurídicos municipales del Ayuntamiento. En lugar de este informe, el Ayuntamiento de la Orotava encargó un informe externo al catedrático de Derecho Administrativo, Luciano Parejo Alfonso, ajeno a la corporación municipal.

El objeto del informe consistía en determinar la naturaleza del suelo; si las obras ejecutadas eran compatibles con el planeamiento vigente en aquel momento; y, si estas obras eran susceptibles de legalización.

El 7 de octubre de 2002, los arquitectos Argeo Semán Díaz y Jesús Romero Espeja, que formaban parte del equipo redactor del documento de Revisión del Plan General de Ordenación de Urbana, que se estaba tramitando en el Ayuntamiento de la Orotava, emiten un informe a solicitud del secretario general, el acusado Juan Carlos de Tomás Martí. Este informe lo suscriben. Este informe, entre otros aspectos, advierte que el nuevo Plan General de Ordenación Urbana está pendiente de aprobación definitiva por lo que todavía se pueden producir “modificaciones, derivadas del proceso de contestación de las alegaciones y las consideraciones relativas a cuestiones planteadas durante el proceso de información pública, tanto por interés municipal, convenio, gestión urbanística, etc, como por interés supramunicipal”. Según este informe se desconocía qué tipo de edificación se podría llevar a cabo en cada parcela afectada por la revisión del Plan General y, en concreto, en el terreno ocupado por el Trompo. Esta determinación quedaba a expensas del resultado este proceso de información pública.

Asimismo, en la propuesta y en el expediente de legalización no se tramitó ni se exigió al promotor que se iniciase la tramitación, con carácter previo, la licencia de instalación de la actividad de garajes. La concesión de la licencia no tuvo en cuenta que faltaba la tramitación de esta licencia.”





Los hechos declarados probados en la sentencia apelada son por sí solos, constitutivos del delito por el que resultó condenado el recurrente.

En la construcción litigiosa se dan todos los elementos de los delitos contra la ordenación del territorio del art. 319.1 del Código Penal : el encausado Sr. Jiménez era promotor y constructor de las obras; se trata de claras obras de construcción y edificación de un centro comercial ; éstas se realizan ocupando suelo urbanizable, si bien destinado a zonas verdes y viales ( Sector 10 ) ; y las obras, además de no haber sido autorizadas cuando comenzó la ejecución, no eran autorizables en ese momento . En efecto, se refleja en la sentencia impugnada que las obras se iniciaron sin la preceptiva licencia ( infringiendo el *artículo 166* y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias . El precepto 166 establece : 1. *Están sujetos a previa licencia urbanística, sin perjuicio de las demás autorizaciones que sean procedentes con arreglo a la legislación sectorial aplicable, los actos de construcción y edificación y de uso del suelo y, en particular, los siguientes: a) Las parcelaciones, segregaciones, modificaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidas en proyectos de compensación o reparcelación. b) Las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase de nueva planta....* ) , la cual posteriormente se concedió contraviniendo la normativa urbanística vigente en ese momento, hasta la aprobación del P.GO.U. de La Orotava que entró en vigor el 16 de julio de 2004 . Señala el juzgador a quo “ *Como se ha reiterado, el terreno sobre el que se asentó El Trompo era en su mayoría rústico potencialmente productivo, más de 24.000 metros cuadrados; y en una menor parte, unos 3200 metros zona dedicada a zonas verdes. En relación con el segundo tipo de terreno, no es posible ningún tipo de construcción. En relación con el suelo rústico, sí es posible determinadas construcciones, si bien todas ellas referidas a la actividad agrícola o ganadera (art. 66 Real Decreto Legislativo 1/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias). No cabía, en ningún caso, una construcción como El Trompo.*”

A ello hemos de añadir aún cuando el suelo del Sector 10 P.P. Las Arenas sobre el que se asienta El Trompo tuviera la categoría de urbanizable ordenado . El art 71 Real Decreto Legislativo 1/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, establece ”3. *Los propietarios de suelo urbanizable ordenado tendrán los siguientes deberes: a) Ceder obligatoria y gratuitamente al Ayuntamiento el suelo necesario, de acuerdo con la ordenación urbanística, para los viales, parques y jardines, zonas deportivas y de recreo y expansión públicos, dotaciones culturales y docentes y los precisos para la instalación y el funcionamiento de los restantes servicios públicos previstos. (...)* e) *Solicitar y obtener las autorizaciones administrativas preceptivas y, en todo caso, la licencia municipal con carácter previo a cualquier acto de transformación o uso del suelo, natural o construido.*”

Asimismo se describen en este caso obras que se subsumen en el concepto jurisprudencial de construcción (así, STS de fecha 29-11-06 la define como las "obras que producen por obra del hombre con el empleo de medios mecánicos y técnicos apropiados una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de la zona geográfica afectada"). 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 de un edificio multiusos con previsión de locales comerciales y garaje, merece desde luego la calificación de edificación.

Se trata de un delito de mera actividad (que no exige resultado alguno de daño o peligro concreto para el bien jurídico protegido que es la ordenación del territorio). Por tanto, se consume con el inicio de la construcción, lo relevante es el desvalor de la acción, y se configura como delito de peligro hipotético siendo lo característico la idoneidad de la actividad y el peligro posible para el bien jurídico.

En cuanto al delito del art. 319.2 del C.P. , queda igualmente claros todos los elementos: se trata de una obra de edificación en suelo rústico, es decir no urbanizable en el momento de los hechos; la edificación no era autorizable, pues se trataba de una edificación destinada a edificio multiusos, locales comerciales y garaje, y en terreno rústico tan solo tendrían cabida las construcciones destinadas a actividad agrícola, ganadera , forestal, extractivo y de infraestructuras. ( art. 66 R.D. Legislativo 1/2000 por el que se prueba el T.R. de las leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias). Y tal edificación infringió lo dispuesto en el art. 94 de las normas urbanísticas del P.G.O.U. de La Orotava de 1990, según la cual estaban permitidos en zona agrícola potencialmente productiva : todos los constituidos por la actividad agrícola y los usos no edificatorios que no comprometan el uso agrícola potencial, estando prohibido, el uso edificatorio en general.

Además a tenor del artículo 62 bis del citado R.D. Legislativo 1/2000 : *“Toda actuación transformadora del suelo rústico, con carácter previo a la licencia municipal, está sujeta a la obtención de Proyecto de Actuación Territorial o Calificación Territorial, salvo los supuestos previstos en el artículo 63 de este Texto Refundido”*. Los Proyectos de Actuación Territorial, a tenor del art. 62 ter, apartado 1º, del citado TR, son *“instrumentos que permiten con carácter excepcional, y por razón de interés público o social, la previsión y realización de obras, construcciones e instalaciones precisas para la implantación en suelo rústico no clasificado como de protección ambiental, de dotaciones, de equipamiento, o de actividades industriales, energéticas o turísticas que hayan de situarse necesariamente en suelo rústico o que por su naturaleza sean incompatibles con el suelo urbano y urbanizable y siempre que dicha implantación no estuviere específicamente prohibida por el planeamiento”*. En todo caso, y sentado el carácter excepcional de tales Proyectos de Actuación Territorial, *“La implantación de los correspondientes usos y actividades y la ejecución de las obras e instalaciones que sean precisas quedarán legitimadas por la aprobación del proyecto, sin perjuicio de la necesidad de la obtención, en su caso, de las autorizaciones sectoriales pertinentes y de la licencia*





*municipal*”, (apartado 6). Las obras de edificación del centro comercial El Trompo en la superficie triangular aneja al Sector 10, suelo rústico , infringe la normativa protectora del suelo , pues nada de lo anterior se hizo en este caso.

El hecho de que en el momento en el que el recurrente D. Ambrosio Jiménez solicitó la licencia de legalización de obras (10/7/2002) , estuviera en trámite la revisión del Plan General de Ordenación de La Orotava que podría conducir a la legalización de la edificación objeto de discusión, no afecta a que en ese momento, dicha edificación era totalmente ilegal, contraria a las normas de planeamiento vigentes en ese momento. En este sentido se ha pronunciado la Circular 7/11 de la Fiscalía General del Estado, al aclarar, con apoyo de jurisprudencia menor, que el requisito de "no autorizable" debe referirse a obras de construcción o edificación incompatibles con el planeamiento urbanístico en vigor en el momento de los hechos, pues es evidente que un cambio posterior en el planeamiento no puede afectar a la previa consumación del delito. Distinto sería la afectación de la medida de demolición, que no procedería si en el momento del juicio la edificación o construcción se ha legalizado por un cambio de planeamiento (así, STS de 21-6-12 y de 22-5-13 ).

Además ya dijimos que 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*, en su art 32 atribuye al *Plan general de ordenación*, la ordenación estructural, conformando el documento denominado plan básico de ordenación municipal, y la ordenación pormenorizada del municipio, conformando el documento denominado plan de ordenación pormenorizada. Y define el modelo de ocupación del territorio y desarrollo urbano en base a las siguientes determinaciones: 1) La clasificación del suelo.2) En el suelo rústico, su adscripción a la categoría que corresponda y la determinación de los usos genéricos atribuibles a cada categoría. 3) En el suelo urbano y urbanizable . Y a tenor de lo dispuesto en su artículo 44 .2. *Los instrumentos de ordenación de los recursos naturales y del territorio entrarán en vigor con la íntegra publicación de su normativa en el Boletín Oficial de Canarias, sin perjuicio de la publicación del acuerdo de aprobación definitiva. Los instrumentos de ordenación urbanística entrarán en vigor con la publicación de los acuerdos de su aprobación definitiva en el Boletín Oficial de Canarias, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de régimen local. 3. Los instrumentos de ordenación tienen vigencia indefinida.*”

Sobre la vigencia y ejecutividad de los Planes de Ordenación resulta esclarecedora la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 noviembre 1988: “ ...CUARTO.- Es evidente que el convenio formalizado entre el Ilmo. señor Alcalde del Ayuntamiento de Vigo y el señor P. A., constituye, sin ánimo peyorativo alguno, lo que en frase de un ilustre administrativista español, se califica como «ocurrencia administrativa», ya que el señor Alcalde no sólo anticipa la voluntad corporativa a la que compete toda modificación que pueda hacerse en el planeamiento, sino que se compromete a otorgar la licencia de edificación y apertura, facultades que la Ley de Régimen Local reserva a la Comisión de Gobierno y lo que aún resulta más sorprendente, estipula que la licencia de obra se concederá en el plazo máximo de un mes a contar desde la aprobación provisional del Plan modificado en el sentido de posibilitar la instalación del Hipermercado, cuando el Ilmo. señor Alcalde de una ciudad tan importante como Vigo, debía saber y en ese sentido debía haberle asesorado el señor Secretario General presente en la redacción del extraño convenio, que los Planes de ordenación sólo tienen vigencia y son ejecutivos -artículos 41 y 56 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación





*Urbana , a partir de su aprobación definitiva por el órgano competente, extrañeza que sube de punto cuando se comprueba que la aprobación provisional del Ayuntamiento, que modifica sustancialmente las previsiones de la inicial, se lleva a cabo sin someterlas al trámite de información pública que como requisito ineludible, establece el artículo 41 de la precitada Ley del Suelo. El convenio formalizado entre el Ilmo. señor Alcalde del Ayuntamiento de Vigo y el señor P. A., carecía pues de toda virtualidad obligatoria para aquel organismo, al haberse contraído por quien no era competente para hacerlo, en razón de las estipulaciones que contenía y por tener un contenido imposible legalmente, como era el otorgamiento de una licencia de edificación con la simple cobertura de la aprobación provisional, que por otra parte ni siquiera existía al contraer el convenio, aunque se anticipaba proféticamente por el Ilmo. señor Alcalde del Ayuntamiento de Vigo....”*

*Esta Sala comparte el criterio del juzgador a quo, quien en la sentencia impugnada señaló “ ..., no puede sostenerse que la transformación del terreno pueda operar al margen del planeamiento. Tampoco puede sostenerse que el terreno no tenía otro destino que el de ser zona urbana. Sí puede admitirse que, dada la situación y la evolución de las parcelas adyacentes, y la extensión de la carretera, con el paso del tiempo un suelo rústico no sería el adecuado. Es más, dentro de este ámbito sí cobra relevancia la teoría del cambio operado por la urbanización. Es decir, la construcción de la carretera, el hecho de que la parcela colindante sea suelo sobre el que se puede construir, al estar afectada por un Plan Parcial, que se hayan comenzado obras de urbanización, explica y justifica el cambio de la categoría del suelo, mediante la previa modificación del Plan General de Ordenación Urbana. Justifica, en definitiva, la revisión del planeamiento y su cambio. Pero no produce, ipso facto, ni ipso iure, esta transformación...Con todo, la previsible transformación del terreno rústico en urbano no quiere decir que, necesariamente, todo el terreno fuese a ser urbano. Dentro de la parcela sobre la que mayoritariamente se asienta El Trompo podría haberse destinado alguna parte de esa parcela a zonas verdes, o incluso a un vial interno. La decisión de construcción sin esperar a la modificación del planeamiento condicionó el planeamiento...”*

De hecho, del informe unido a los folios 1028 y 1029 del arquitecto municipal, D. Fernando Hernández García, se desprende que los coeficientes de edificabilidad y la tipología de la edificación establecidos por el Plan General de Ordenación, aprobado definitivamente en 2003 por la C.O.T.M.A.C., sobre el terreno en el que se desarrolla el centro comercial El Trompo, son: 1.- clasificación:suelo urbanizable sectorizado ordenado; Tipología edificación: edificación singular. Edificabilidad : 0,75m<sup>2</sup>c/m<sup>2</sup>s.

2.- Clasificación: suelo urbano no consolidado por la urbanización. Tipología edificatoria: edificio singular . Edificabilidad 1m<sup>2</sup>c/m<sup>2</sup>s.

Sin embargo, dichos coeficientes de edificabilidad y la tipología de la edificación establecidos en la Aprobación Inicial del P.G.O.U. de 2002 eran:

1.- clasificación:suelo urbanizable sectorizado de ordenación incorporada ; Tipología edificación: industrial comercial . Edificabilidad : 0,925m<sup>2</sup>c/m<sup>2</sup>s.

2.- Clasificación: suelo urbano no consolidado por la urbanización. Tipología edificatoria: edificación industrial abierta. Edificabilidad 0,90 m<sup>2</sup>c/m<sup>2</sup>s.





De otra parte, alega la parte recurrente, que ha de ser descartada la actuación dolosa del encausado, D. Ambrosio Jiménez, pues no era conocedor de que en esa parcela triangular no se podía construir, máxime siendo concedida licencia de legalización de la obra por Decreto 312/2002 de 11 de octubre. De tales postulados inferimos que vienen a sustentarse en el llamado error de tipo y de prohibición.

El error tanto de tipo como de prohibición, supone una creencia desviada de la realidad que impide a quien lo sufre conocer debidamente el alcance de la misma, pudiendo afectar a la concurrencia de alguno de los requisitos típicos del delito, en el primer caso, o consistir en la creencia errónea de estar actuando lícitamente, en el segundo caso. En ambos supuestos es preciso valorar su concurrencia en cada caso, de acuerdo con las condiciones subjetivas del afectado por dicho error, y teniendo presente las de carácter objetivo.

En la STS 602/2015, de 13 de octubre , con cita de la STS 737/2007, 13 de septiembre, se hace constar que "... la doctrina de la Sala Segunda asume, en coincidencia con la nomenclatura del legislador, luego repetida en el vigente art. 14 del CP , la distinción entre error de tipo -imbricado con la tipicidad- y error de prohibición -afectante a la culpabilidad-. Tal vinculación con la tipicidad y la culpabilidad es ya una constante en nuestra jurisprudencia (cfr. SSTs 411/2006, 18 de abril ; 721/2005, 19 de mayo ; 709/1994, 28 de marzo ; 873/1994, 22 de abril y 12 diciembre 1991 ). Así pues, es entendimiento común en la jurisprudencia de esta Sala que en el art. 14 se describe, en los dos primeros números, el error de tipo, que supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo. Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo, esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal -núm. 1- o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven. - núm. 2-. En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide la apreciación de ésta. En el número 3º se otorga tratamiento jurídico al error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva -error de prohibición directo- o un error sobre la causa de justificación - error de prohibición indirecto-. En los términos de la STS 755/2003, de 28 de mayo , "la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación". El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente ( STS 123/2001, 5 de febrero ), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea ( art. 14 CP 1995 ) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. En cualquier caso -recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre -, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuricidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo del artículo 6 bis, a) tal y como se desprende de las Sentencias de 29 noviembre , 16 marzo 1994 , 12 diciembre y 18 noviembre 1991 , entre





*otras muchas. Insiste la STS 411/2006, 18 de abril que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas» ( SSTS 11 marzo 1996 , 3 abril 1998 ), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» ( SSTS 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987 )...".*

*Pues bien, ya en la STS 1.067/2.006, de 17 de octubre , relativa a un delito contra la ordenación del territorio , se hacía constar que "... la construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable pero de complicado ajuste a la realidad. Hoy día el desconocimiento absoluto de la antijuricidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación en el caso concreto. Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Un profano que, además, ha vivido durante años, sabiendo que se encontraba en las lindes de una zona de dominio público especialmente sensible, tiene la percepción natural y exigible a cualquier persona de que su actuación es contraria a la norma..."*

El juzgador a quo, analizar en la sentencia recurrida, la concurrencia del elemento subjetivo, el dolo, que deberá abarcar el conocimiento del acusado de la ilegalidad de la obra y además, el conocimiento de que la licencia de legalización era contraria a derecho. Y argumenta que D. Ambrosio Jiménez conoció en todo momento que construía sobre suelo rústico. Como reconoció, ha sido uno de los principales promotores y constructores inmobiliarios de la isla de Tenerife . Comenzó las obras sin haber solicitado licencia urbanística, esto es sin autorización, sin preocuparse por una eventual suspensión o paralización de las obras, porque era conocedor de que el Ayuntamiento acabaría concediéndole los permisos necesarios para la edificación. D. Ambrosio Jiménez Quintana conocía que el terreno era rústico y zona verde; y conocía también que la licencia urbanística se llevaba a cabo al margen de toda legalidad.

Tal y como destaca el juzgador a quo, no era la primera vez que el apelante llevaba a cabo una obra de edificación, tratándose de uno de los reconocidos promotores y constructores de la isla de Tenerife, de lo que se infiere el conocimiento, al menos, de elementos esenciales de normativa y tramitación urbanística, así como planeamiento.

Hemos de recordar que el informe de la Consejería de Obras Públicas , Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias en su informe de 15 de marzo de 2000 sobre la modificación del Plan Parcial Las Arenas Sector 10 de La Orotava, señala que, dada la implantación de un futuro centro de servicios constituido por los Polígono de San Jerónimo y de Las Arenas se rediseña el viario del Plan Parcial creando una rambla prolongación de la actualmente existente en el Polígono de San Jerónimo, que junto con los enlaces 4 y 5 de la Autopista y esta misma conforman un circuito viario adecuado para garantizar la correcta accesibilidad al área de servicio siempre que además de lo recogido en el proyecto de Modificación del Plan Parcial se





garanticen cuatro actuaciones. El testigo D. Gabriel Luis Andrés Martín de Lorenzo Cáceres, Jefe de Ingeniería de Estudios y Proyectos, actualmente Jefe de Proyectos y Obras de la Consejería de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias declaró que la cooperación administrativa había tenido lugar entre distintas administraciones, entre ellas el Ayuntamiento de La Orotava, a la hora de construir el ramal de salida de la TF-5 en La Orotava. Y manifestó que su preocupación fue que se ampliase el tramo de conexión con la autopista, y la conexión con La Vera para que fueran lo suficientemente amplias como para dar cabida al número de vehículos que iban a entrar y salir por la autopista, ante la previsión de que en esa zona fuese un centro comercial. Y reconoció que había tenido diversas reuniones con los representantes del Ayuntamiento y con el promotor, en relación con la construcción de la carretera, y que en estas reuniones se le indicó que en esa parcela estaba previsto construir un centro comercial.

Es decir, en el año 2000, con anterioridad al inicio de las obras de construcción del edificio El Trompo, ya los tres encartados tenían conocimiento de que en esa parcela se iba a construir un centro comercial, o esa era la previsión desde el Ayuntamiento.

A mayor abundamiento, el Convenio Urbanístico de 14 de diciembre de 1999 suscrito entre el Ayuntamiento de La Orotava, y la entidad mercantil Proyectos Inmobiliarios Las Arenas, S.L. (firmado en su nombre por el recurrente) recoge expresamente la necesidad de cambiar el planeamiento, para que aquella entidad promotora, representada por el encartado, pudiese llevar a cabo las obras de construcción sobre la zona en la que se levantó finalmente El Trompo.

Esta Sala ha podido comprobar que en dicho Convenio se hace constar en su estipulación quinta que *“ para gestionar la ejecución del viario al norte del Plan Parcial Las Arenas hasta su unión con el enlace 4 , conforme propone el avance de la revisión del Plan General, podrá ampliarse la delimitación del Sector 1 de suelo urbanizable del Plan General en el espacio triangular definido por el Plan Parcial, La Rambla y la Autopista, y adscribir a su desarrollo la ejecución de las obras correspondientes siempre que sin exceder los límites de edificabilidad del Plan Parcial pueda asignarse a esta ampliación un aprovechamiento equivalente al mismo ”*. Y estipulación Sexta *“ El cumplimiento de las obligaciones establecidas en este convenio, queda sometido a la condición suspensiva de la aprobación definitiva de las modificaciones de planeamiento y al mantenimiento de las mismas de las determinaciones pactadas”* ( a los folios 2208 y siguientes) .

Obra en autos a los folios 265 y siguientes expedientes de infracción urbanística nº234/2001 y nº 129/2002 del cual se desprende que con fecha 15 de noviembre de 2001 se extendió acta de denuncia en la que se hace constar que se están realizando obras consistentes en desmonte de la zona de poniente y arranque de pilares, en suelo rústico careciendo de la preceptiva licencia por parte de la entidad COINTE S.A . El Ingeniero Director de las obras de urbanización , D. Faustino Ortiz, el 15 de noviembre de 2001 comunicó que para la terminación de las obras del muro de contención de la rambla que se estaba ejecutando en el Sector 10 era necesario la construcción de una plataforma que sirviera de apoyo a la estructura y a la maquinaria a emplear. En fecha 15 de febrero de 2002 se extendió acta por la Policía Local de La Orotava, de la que se desprende que por parte de COINTE S.A se están realizando obras consistentes en alzado de naves industriales, colocación de columnas y cimentación y se requiere a dicha empresa promotora de las obras a fin de que suspenda la ejecución de las mismas hasta obtener la correspondiente licencia y cumplir los requisitos que la misma exija.





En fecha 3 de mayo de 2002 se extendió informe por parte del arquitecto técnico del Ayuntamiento de La Orotava, D. Melecio Tamajón, elaborado tras la visita de inspección realizada a las obras suspendidas en el que se hace constar que se ha realizado una estructura bajo rasante , en su lado sur, en su lado oeste y parte del lado norte, encontrándose en la esquina noreste dos alturas. Según el P.G.O.U. el tipo de suelo es rústico potencialmente productivo y en el avance del Plan General, aprobado inicialmente, se trata de suelo urbano no consolidado por la urbanización. El 7 de mayo de 2002 se dictó por el Alcalde del Ayuntamiento de La Orotava, Decreto en virtud del cual y al amparo de art. 15 del R.D. 1398/1993 de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, se ordenó como medida cautelar el mantenimiento de la suspensión de la actividad edificadora denunciada, consistentes en la construcción de una estructura bajo rasante en el lugar conocido como Polígono Industrial Las Arenas, en aquella parte que se exceda de las previsiones puestas de manifiesto por el Ingeniero Director de las obras de urbanización, D. Faustino Ortiz, y requerir al interesado (COINTE S.A.) a fin de que instara la legalización de las obras en el plazo de tres meses. Al folio 301 obra acta de comparecencia de D. Juan Echandi Casañas, fechada el 2 de septiembre de 2002, en representación de las entidades mercantiles Proyectos Inmobiliarios Las Arenas S.L. y COINTE S.A , según la cual manifiesta que la entidad que realmente estaba llevando a cabo las obras de construcción de estructura en el lugar conocido como Polígono Industrial Las Arenas, a las que hace referencia el Decreto de la Alcaldía de 7 de mayo de 2002, referido al expediente de disciplina urbanística 234/2001, por el que se requirió la medida cautelar para el mantenimiento de la suspensión de la actividad edificadora denunciada, así como que se inste la legalización en el plazo legalmente establecido, se llama Proyectos Inmobiliarios Las ARENAS S.L. .

Así mismo el Decreto de las Alcaldía de La Orotava de 11 de octubre de 2002 – notificado al representante de la entidad promotora-, por el que se acordó otorgar la licencia de legalización sobre el Proyecto de Ejecución Material presentado por la entidad mercantil Proyectos Inmobiliarios La Arenas S.L. - relativo a la obra de edificación del centro comercial El Trompo-, señalaba que el otorgamiento de la licencia quedaba condicionado a una serie de extremos, entre ellos: al cumplimiento de la normativa aplicable al Plan Parcial del Sector 10 en los parámetros que se deducen de los informes jurídicos obrantes en el expediente ( en concreto se refiere al informe de D. Luciano Parejo) ; y al cumplimiento de la ordenación que sobre dicho ámbito territorial se apruebe de forma provisional y definitiva, por los órganos competentes en cuanto culminación del procedimiento abierto de Revisión del Plan General, para su adaptación al Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias .

En relación a estas condiciones , hemos de decir que tenía como único objeto posibilitar la concesión de la licencia de legalización y permitir la continuación de las obras que ya se hallaban suspendidas por orden del Área de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de La Orotava y por Decreto de la Alcaldía de 7 de mayo de 2002, pues el condicionamiento a que se refiere el art. 16.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, no puede entenderse en el sentido de la condición contractual definida en el art. 1113 del C. Civil como suceso futuro e incierto, sino simplemente como el establecimiento de una conditio iuris o carga modal precisa, cierta y concretamente determinada, a realizar por solicitante de la licencia o por un tercero, y que precisamente su no realización impediría la concesión de la





licencia al no ajustarse a las previsiones legales o del planeamiento, por el carácter reglado de las licencias urbanísticas. Y en el supuesto contemplado, el interesado y solicitante de la licencia, inició las obras de edificación del centro comercial El Trompo sin la preceptiva licencia, dichas obras no eran susceptibles de legalización, conforme a la normativa urbanística vigente en ese momento, el P.G.O.U. de La Orotava de 1990, al ocupar suelo clasificado como rústico ( la parcela triangular mencionada, situada fuera del ámbito territorial del Plan Parcial Sector 10), lo que determinó que el ente municipal otorgara la licencia, siempre que se cumpliera la normativa urbanística prevista para otro ámbito territorial y la ordenación que sobre el ámbito territorial sobre el que se levantó parte de la edificación se aprobara, condición por su naturaleza futura e incierta, por lo que solo cabe entender que tales condiciones fueron impuestas con el fin de legalizar lo ilegalizable en ese momento.

A la vista de lo expuesto debemos concluir que el encartado, en su condición de representante de la entidad mercantil Proyectos Inmobiliarios Las Arenas S.L. , propietaria y promotora del Sector 10 afectado por el Plan Parcial Las Arenas , y a su vez, de la parcela triangular definida por el Plan Parcial, La Rambla y la Autopista, era conecedor de que las obras de construcción del centro comercial El Trompo ocupaban parte del Sector 10 y la parcela triangular adyacente al mismo. Y en el momento en que se comenzaron las obras de construcción del edificio del centro comercial, era conecedor de la clasificación del suelo sobre el que inició la obra, conocía que ocupaba zona verde correspondiente al Sector 10 y suelo rústico ( parcela triangular adyacente), y que conforme a la normas de planeamiento vigentes en ese momento, se trataba de una obra no autorizable, y por ello inició las obras de edificación del centro comercial de El Trompo, sin solicitar la preceptiva licencia de obra.

El juez de lo penal ha tenido la oportunidad de escuchar las explicaciones ofrecidas en su descargo por el recurrente y contrastarlas con lo manifestado de forma contradictoria por los testigos y peritos que comparecieron al acto del plenario, ratificando la documental aportada, y concluye que concurre el dolo en la conducta del recurrente, lo que excluye el error de tipo y de prohibición, valoración que, sin haberse practicado actividad probatoria en esta alzada, no podemos considerar injustificada.

Por último, debemos traer a colación en cuanto al principio de intervención mínima del Derecho Penal , que el TS dejó claro en su sentencia de fecha 28-3-06 que el Derecho Penal se rige por dos principios: el de legalidad y el de intervención mínima, el primero se dirige a los jueces y tribunales, y el segundo al legislador, como postulado razonable de política criminal, pero que en la praxis judicial, aún pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho Penal. 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).

Dicho cuanto antecede, en los hechos declarados probados respecto del recurrente D. Ambrosio Jiménez, concurren los elementos del tipo penal básico y agravado de los arts. 319. 2 y 319.1 del CP.. Entendiendo el juzgador de instancia, aplicable la figura agravada, por el juego de las reglas del art. 8 . 1 y 4 del Código Penal, de especialidad y mayor gravedad, calificación que apreciamos correcta.

En consecuencia, el motivo de impugnación ha de ser desestimado.

**DÉCIMO.-** La parte recurrente impugnada el pronunciamiento de la sentencia de instancia respecto a la demolición de 2.137, 20 metros del C.C. El Trompo, que entiende no puede acordarse en este supuesto, conforme a la interpretación jurisprudencial del art. 319.3 del C.P. que expone y en base a las alegaciones formuladas respecto al error de cálculo de superficies apreciada en el informe del perito judicial en el que se fundó la sentencia impugnada. Además la sentencia de instancia concluye que los hechos declarados probados serían constitutivos del delito urbanístico, subtipo agravado del art. 319.1 del C.P. por haber invadido la construcción suelo protegido por dicho precepto, sin embargo a la hora de acordar la demolición conforme al art. 319.3 del C.P. , no sustenta la medida en los requisitos de dicho artículo, ni justifica si los 2.137, 20 metros que han de demolerse se encuentran en suelo destinado a viales , zonas verde (...) del art. 319.1 o en suelo no urbanizable del art. 319.2 del C.P.. De otra parte, la sentencia determina que el exceso de volumen de El Trompo se ha acreditado mediante el informe pericial del perito Sr. Cabrera - respecto de lo cual la parte recurrente muestra su disconformidad-, y que el edificio no está completamente legalizado al exceder el volumen del máximo permitido por el planeamiento . Alega que el juez de instancia se extralimita de las facultades que tiene atribuidas, al acordar una medida ajena a los presupuestos del art 319.3 del C.P., entendiendo que las competencias urbanísticas están primordialmente atribuidas la Administración , bajo el control de los tribunales de lo Contencioso – Administrativo.

La sentencia de instancia declara probados en los apartados siguientes del relato de hechos probados : “ *OCTAVO .- Obtenida la licencia de edificación, Ambrosio Jiménez Quintana prosiguió con las obras.*

*El día 4 de diciembre de 2004 se termina la obra para, a continuación, solicitar licencia de primera ocupación.*

*El 16 de septiembre de 2005, el arquitecto municipal del Ayuntamiento de la Orotava, Fernando Hernández García, en el curso del expediente administrativo tramitado para la obtención de la Licencia de Primera Ocupación del Trompo, emitió un informe poniendo de manifiesto determinados incumplimientos en la ejecución de las obras del Trompo. Entre estos incumplimientos, el arquitecto municipal puso de manifiesto que las obras no se habían adecuado al proyecto presentado para la legalización de las obras.*

*El 26 de junio de 2006 se otorga licencia de primera ocupación; y, el 13 de septiembre de 2006 se otorga licencia para actividades clasificadas.*

**NOVENO.** *El centro comercial el Trompo se construye, bajo la vigencia del Plan General de Ordenación Urbana de 1990, sobre dos parcelas. La primera de ellas, innominada, de forma triangular, y sobre la que se asienta la mayor parte de la edificación tiene una superficie de*





24.334,20 metros cuadrados con un suelo clasificado como rústico, potencialmente productivo; y una parte de la parcela denominada como Sector 10, de 3.290,5 metros cuadrados, de zona verde.

El Plan General de Ordenación Urbana de 2004, redefinió la superficie de las parcelas. El edificio del Trompo, sigue asentándose en las dos parcelas anteriores. La primera, actualmente conocida como Unidad de Actuación Las Arenas, tiene una superficie de 25.847,70 metros cuadrados y la segunda, el Sector 10, de 1776,80 metros cuadrados. Ambas zonas son, tras el Plan General de Ordenación de 2004, urbanizables.

La edificabilidad, según el planeamiento, es de un metro cuadrado por un metro cuadrado. Por tanto, la edificabilidad máxima en la Unidad de Actuación Las Arenas es de 25.847,70 metros cuadrados.

La edificabilidad real de la edificación del Trompo sobre esa parcela es de 27.984,90 metros, produciéndose un exceso de 2.137,20 metros cuadrados.”

La sentencia impugnada razona en su fundamento de derecho décimo que procede la demolición de 2.137,20 metros cuadrados de la construcción de El Trompo, por cuanto la obra está legalizada por el cambio del planeamiento; han transcurrido más de 14 años desde el inicio de las obras y la parcela sobre la que se asienta El Trompo es suelo sobre el que se puede edificar. Y de otra parte, el Ministerio Fiscal solicitó la *demolición de aquellas obras no acordes con el planeamiento vigente*. No obstante señala la sentencia impugnada que el edificio no está completamente legalizado, pues el volumen excede del máximo permitido por el planeamiento y no cabe dejar en manos de la Administración la corrección de este exceso, pues ha sido el máximo integrante de dicha Administración el que propició esta infracción. Recuerda el juzgador a quo, la STS de 22 de mayo de 2013, según la cual siempre que a la infracción urbanística, se le una un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial, debe acordarse la demolición. Y razona el juzgador que en este caso, no es un delito de desobediencia, sino un delito de prevaricación. No es que los sujetos activos del delito hayan mostrado una oposición a la autoridad y al ordenamiento jurídico; sino que los sujetos activos, como autoridad y funcionarios públicos, han soslayado dicha oposición, creando un halo de legalidad. Pero el rechazo al ordenamiento jurídico y a la ley es idéntico. Y acuerda la demolición de 2.137,20 metros cuadrados de la construcción de El Trompo a costa de los encausados, difiriendo al trámite de ejecución de sentencia la zona o zonas que deben ser derribadas, mediante la realización de un estudio pericial que indique la mejor forma para llevar a cabo ese derribo, respetando al máximo, a los titulares de los establecimientos comerciales, sin perjuicio de las indemnizaciones que los acusados deberán afrontar en caso de que la demolición perjudique a terceros.

El Título XVI lleva la rúbrica "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente". El art. 319 se acoge en el Capítulo I "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo". El apartado 3º del referido artículo nos dice: "*en cualquier caso, los Jueces o 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*".

La sentencia de la Sala Segunda del T.S. nº 443/2013, de 22 de mayo, que a su vez se remite





a la 901/2012, de 22 de noviembre, argumenta que *"la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con los arts. 109 y ss. del C. Penal relativos a la reparación del daño, susceptible de realizarse 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 CP, 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. 319.3 del C. Penal sobre cuya interpretación se discute. Así las cosas, la reparación en la forma de demolición de la construcción será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 C. Penal"*.

*Por su parte, la STS nº 816/2014 de 24 de noviembre y respecto a este apartado 3º nos dice que: "el art. 319.3 no podría considerar 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 que con ella concuerdan 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 a evitar tanto la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho como la desmesura de un eventual grave perjuicio para la colectividad que supondría la aplicación a ultranza del imperativo de la demolición en cualesquiera circunstancias"*.

Y como quiera que el art 319.3 CP no señala criterio alguno, en la práctica se tienen en cuenta, según señala la jurisprudencia de esta Sala 2ª del TS. ( STS 529/2012, de 21 de junio): la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor en caso de implicarse sólo intereses económicos, o verse afectados también derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia; y atendiendo asimismo a 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...

En relación al principio de proporcionalidad que expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo, la STS de la Sala Tercera de 28 de abril de 2000 (rec. nº 369/95), en un supuesto en que se alegaba el principio de proporcionalidad relacionado con la demolición acordada en la vía administrativa, califica este principio como esencial en el Estado Social de Derecho con un relieve constitucional manifestado, especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas, en la esfera de los particulares, de modo que consentida una intervención por razón del interés público, con la cobertura legal necesaria, será preciso preguntarse " *si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que la pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta favorable a la esfera de libertad del administrado"* . Concluye señalando que el cumplimiento de las exigencias del principio se producirá en caso de respuesta positiva a esas preguntas.

La STS 901/2012 de 22 de noviembre señala " *La prescripción del art. 319,3º C. 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. Cpenal 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 Cpenal , 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 C . Penal (aquí, en su redacción anterior) sobre cuya interpretación se discute*

*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 C Penal. Por eso, el art. 319,3º C Penal 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.”*

En atención a las sentencias antes referidas, esta consideración de la demolición como consecuencia jurídica del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal.

Si bien no es de aplicación mecánica o automática en caso de condena, la regla general será la demolición por ser "del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado". No obstante, admite posibles excepciones fuera de las cuales jugará esa regla general, excepciones limitadas a "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, sin que pueda 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 beneficiándose los infractores en el futuro de servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, en detrimento de quienes adquirieron el suelo a precio de urbano, con repercusión de tales servicios y acometieron la construcción con los oportunos proyectos y licencias, amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albor de posibles cambios futuros de criterio - lo que llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a suspender la mayoría de las sentencias, ante la posibilidad o el riesgo de que el legislador modifique los tipos correspondientes o incluso despenalice la conducta.





En cuanto al exceso de volumetría declarada probada en el sentencia impugnada en base al informe pericial del Sr. Cabrera, hemos de remitirnos a lo expuesto ya en esta sentencia . Debemos partir *de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, en base a la valoración realizada por el juzgador a quo de las pruebas personales practicadas en el juicio oral, bajo los principios de contradicción e inmediatez, en concreto de los informes periciales del perito judicial Sr. Cabrera y Sr. Domínguez Anadón. El Plan General de Ordenación Urbana de 2004, redefinió la superficie de las parcelas y C.C. El Trompo sigue asentándose en las dos parcelas anteriores. La primera, actualmente conocida como Unidad de Actuación Las Arenas, tiene una superficie de 25.847,70 metros cuadrados y la segunda, el Sector 10, de 1776,80 metros cuadrados. Ambas zonas son, tras el Plan General de Ordenación de 2004, urbanizables y el coeficiente de edificabilidad máxima de la parcela denominada Unidad de Actuación Las Arenas es de 1m<sup>2</sup>/mc. Y la edificabilidad real de la edificación de El Trompo sobre la parcela, Unidad de Actuación Las Arenas, es de 27.984,90 m<sup>2</sup>, ( folio 1125) derivándose un exceso de edificabilidad de 2.137, 20 m<sup>2</sup>.*

*En este caso hemos de tener en cuenta varios factores concurrentes, así de una parte, los 2.137,20 m<sup>2</sup> de exceso de edificabilidad no se determina que ocupen el espacio protegido por el art. 319.1 del C.P. ( zona verde) , tampoco se concreta su ubicación sobre la parcela Unidad de Actuación Las Arenas, tratándose en la actualidad de suelo urbano y por tanto urbanizable, tras la modificación de los instrumentos de planeamiento con la aprobación definitiva del P.G.O.U. de La Orotava de 2004; el escaso exceso respecto al límite máximo de edificabilidad de la parcela Unidad de Actuación Las Arenas, conforme a las norma de planeamiento actualmente vigente y respecto a la superficie total construida sobre dicha parcela (27.984,90 m<sup>2</sup>); se trata de un centro comercial ubicado en las proximidades de una vía de comunicación y de un polígono industrial y de servicios. Y de otra parte, que la demolición parcial acordada por el juzgado de lo penal de los metros edificadas en exceso, afectarían a una pluralidad de intereses legítimos de terceras personas de buena fe, que en la actualidad ocupan el inmueble y que no han sido traídas al procedimiento, resultando así vulnerado su derecho fundamental a ser oídos y a un proceso con las debidas garantías del art. 24 de la C.E.*

*A la vista de cuanto antecede, es claro que nos encontramos ante una medida desproporcionada en relación con el perjuicio que causaría a terceros, y la gravedad de la infracción urbanística, dada la calificación actual del suelo y la naturaleza de la construcción, en este caso, no constituye una circunstancia suficiente para acordar la demolición parcial de lo construido, ni tampoco es suficiente justificación para ello la participación en los hechos delictivos, de quien ostenta la condición de autoridad o funcionario público en la Administración Local competente para controlar la legalidad de la obra. Además la opción de demolición, la sigue manteniendo dicha Administración una vez ha quedado resuelta la vía penal, en base a las propias facultades que le asisten legalmente; sin que en ningún caso y por tal motivo, el acuerdo de no demolición, signifique que el bien jurídico protegido por la norma quede indefenso o conculcado, ni que la sanción y reproche penal de la conducta no tenga virtualidad práctica, pues la jurisdicción penal ha actuado y sancionado una conducta ilícita que ha atentado contra la ordenación del territorio, si bien no se considera procedente la demolición.*

En consecuencia, este motivo de impugnación ha de ser estimado, y procede con estimación parcial del recurso, dejar sin efecto la demolición parcial del centro comercial El Trompo





acordada en la sentencia impugnada.

**UNDÉCIMO.-** Finalmente en relación a la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas invocada por el recurrente y su consecuencia penalógica, hemos de decir que la resolución impugnada impuso al recurrente, la pena de prisión de 5 meses, multa de 10 meses con cuota diaria de 10 euros e inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 5 meses, apreciando la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del art. 21.6 del C.P. respecto del recurrente Sr. Jiménez y argumenta en su fundamento de derecho octavo : *“En el presente supuesto, han transcurrido unos 14 años desde el inicio de la causa hasta la fecha de la sentencia. En este caso, los acusados sí han pretendido retrasar la causa. Muestra de ello son las continuas peticiones de sobreseimiento libre que han llevado a cabo. En concreto, las que se contienen desde el folio 1237, de 21 de diciembre de 2010, que es reiterada en el folio 1304, hasta la resolución del recurso de apelación frente al Auto de Transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado (folios 1754 a 1769) dictado en el año 2015.*

*Una vez resueltos los recursos de apelación el 18 de diciembre de 2012, se dicta inmediatamente el Auto de Transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado. Pues bien, este Auto es recurrido nuevamente. No se trata de no permitir a los acusados ejercitar su derecho a la defensa y a los recursos a los que, conforme a la Ley tienen derecho. Lo que resulta injustificable es que, considerando la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que existían indicios suficientes para continuar la instrucción de la causa, se recurra dicho Auto, sin que se hubiese adoptado ninguna diligencia que pudiese evidenciar indicios contrarios a la posible responsabilidad penal de los acusados.*

*El Auto de Transformación se limita a fijar unos determinados hechos sobre los que va a versar el juicio. Se trata de un relato definitivo, en cuanto que fija el objeto del procedimiento, pero hipotético, en cuanto que no da por cierto hechos, sino que se limita a plasmar una posibilidad o tesis. Por tanto, carece de todo sentido recurrir este Auto cuando, sin practicar nuevas diligencias, el órgano superior, la Ilma. Audiencia Provincial, ya se ha pronunciado sobre la existencia de indicios de haberse cometido unos hechos. Se trata, en definitiva de una forma de dilatar el procedimiento.*

*Pero además, cada acusado presenta un recurso distinto, lo que alarga más si cabe el procedimiento en el tiempo.*

*Por otro lado, debe tenerse en cuenta que para la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas no sólo debe tenerse en cuenta el tiempo en que se ha tramitado la causa, sino especialmente el tiempo que el acusado ha estado sujeto al procedimiento.*

*Y en este caso, es preciso recordar que a Isaac Valencia Domínguez y a Juan Carlos de Tomás Martí no se les toma declaración hasta el 4 de noviembre de 2010. A diferencia de ellos, el acusado Ambrosio Jiménez Quintana se ha visto sujeto al procedimiento penal desde el año 2006.*

*También debe hacerse referencia a que el Ayuntamiento de la Orotava tampoco ha cumplido inmediatamente con todos los requerimientos que le fueron realizados desde el Juzgado, viéndose este obligado en requerir al Ayuntamiento en más de una ocasión para que aportase los mismos documentos. (Así, por ejemplo, vid. folio 32).*





*Por último ya, en relación con Juan Carlos de Tomás Martí, su defensa presentó una serie de recursos meramente dilatorios entre septiembre de 2015 y febrero de 2016.*

*Por ello, la dilación del procedimiento no es tan excesiva como a primera vista pudiese parecer. Si bien no existe una justificación para la excesiva duración de la causa, más allá de la falta de medios materiales y personales en la administración de justicia, lo cierto es que, en buena medida, el comportamiento de los acusados contribuyó a este retraso.*

*Por ello, procede imponer la pena en un grado menos respecto del acusado Ambrosio Jiménez Quintana, atendiendo a que se ha visto sujeto al procedimiento durante unos 10 años; y la pena en su mitad inferior a los acusados Isaac Valencia Domínguez y Juan Carlos de Tomás Martí, que han estado sujetos al procedimiento durante menos de 6 años.”*

El apelante alega que la sentencia impugnada, si bien apreció la aplicación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del art. 21.6 del C.P. , al haber transcurrido catorce años desde el inicio de la causa hasta la sentencia recurrida, reduciendo la pena en grado, sin embargo impuso la pena casi en el límite superior, entendiendo que debe ser reducida en dos grados o imponer la mínima del grado inferior a la prevista en el tipo penal .

Ha de traerse a colación lo señalado por la STS 1210/2011, de 14 de noviembre , entre otras muchas, según la cual el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama ( SSTS 479/2009, 30 de abril y 755/2008, 26 de noviembre).

La redacción del art. 21.6 del CP , exige la concurrencia de tres requisitos para la apreciación de la atenuante: a) el carácter extraordinario e indebido de la dilación; b) su no atribuibilidad al propio inculpado; y c) la falta de proporción con la complejidad de la causa.

Efectivamente, en el presente supuesto, el procedimiento se incoó en virtud de auto de fecha 19 de agosto de 2002, practicadas diligencias de investigación de diversa índole, tales como recabar los expedientes administrativos correspondientes a la obra objeto de la litis e informes periciales, se acordó por el juzgado de instrucción por providencia de fecha 25 de marzo de 2003 , oír en declaración en calidad de imputado al promotor de la obra, al encartado Sr. Jiménez, lo que se reiteró por providencia de fecha 12 de mayo de 2006 ( al folio 451) y no se llevó a efecto hasta el 15 de septiembre de 2006 ( folio 496). A los otros dos encartados, se les recibió declaración en calidad de imputados el 4 de noviembre de 2010. En fecha 13 de febrero de 2013, se dictó auto acordando la transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado. En fecha 9 de julio de 2015, se dictó auto acordando la apertura de juicio oral. Y remitidas las actuaciones al juzgado de lo penal para su enjuiciamiento, en fecha 2 de marzo de 2016 se dictó auto sobre pertinencia de medios de prueba, celebrándose el juicio oral el 16 de junio de 2016.

Si bien constan en la causa, las reiteradas peticiones de sobreseimiento y recursos





interpuestos por las defensas de los encartados, han transcurrido más de catorce años desde la comisión de los hechos delictivos y la incoación del procedimiento, hasta su enjuiciamiento por el juzgado de lo penal ( en junio de 2016), de los cuales el recurrente ha estado sometido al procedimiento diez años, por causas no siempre imputables a éste, tratándose de un período de tiempo excesivo, pese a la complejidad de la causa, lo que justifica la reducción de la pena en un grado, entendiéndose esta Sala suficientemente razonada y razonable la pena impuesta por la sentencia impugnada .

No obstante lo anterior, respecto a la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción, por tiempo de 5 meses, que impuso la sentencia impugnada al recurrente, no se ha concretado debidamente el alcance de la pena. El art. 45 del C.P. señala que «la inhabilitación especial para profesión, oficio , industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena “. En consecuencia, la sentencia impugnada debió haber precisado con mayor concreción, la profesión u oficio que ha de comprender la inhabilitación especial que impuso, por lo que en virtud del principio de legalidad y en base las circunstancias del caso, tratándose de la construcción de un centro comercial ubicado en las proximidades de una vía de comunicación y de un polígono industrial y de servicios, se ha de imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de actividad de carácter profesional, de construcción o edificación, manteniendo el tiempo de la condena en 5 meses .

#### **RECURSO DE D. ISAAC VALENCIA DOMÍNGUEZ**

**DUODÉCIMO.-** Los motivos sobre los que se articula el recurso de apelación planteado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refieren, a:

- 1.- Inaplicación de la prescripción del delito del art. 319.1 del C.P. , con quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la C.E. e infracción del art. 131 del C.P. .
- 2.- Infracción del art. 319.1 del C.P. .
- 3.- Infracción del art. 320.1 del C.P. al no concurrir los elementos del tipo penal, con infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24. 1 de la C.E..
- 4.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e infracción del art. 77.3 del C.P. .
- 5.- Inaplicación de la atenuante cualificada de dilaciones indebidas con quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E e infracción del art. 21.6 del C.P.

La parte apelante suplicó se dictara sentencia por la que estimando el recurso planteado se absolviera a su representado por los dos delitos por los que resultó condenado, subsidiariamente se aprecie la prescripción del delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1 del .CP. o la no subsunción de los hechos en dicho tipo penal o la no intervención en el mismo, ni a título de autor ni partícipe de su representado; subsidiariamente se absuelva al recurrente del delito de prevaricación, por no ser los hechos constitutivos de tal delito; subsidiariamente se aplique la regla penalógica más favorable al recurrente y subsidiariamente se aprecia la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

**DECIMOTERCERO.-** En primer lugar, hemos de analizar el motivo de impugnación referente





a la infracción del art. 319.1 del C.P. por el que resultó condenado el recurrente en la sentencia impugnada, en íntima conexión con la infracción del art. 320 del C.P., pues el pronunciamiento sobre estos motivos de impugnación, afectaría al resto de motivos planteados, a excepción del relativo a la inaplicación de la atenuante cualificada de dilaciones indebidas, con quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E e infracción del art. 21.6 del C.P. .

Alega la apelante respecto al delito contra la ordenación del territorio por el que fue el recurrente condenado en la sentencia impugnada que ésta afirma que “ el alcalde no contribuye a la ejecución , sino que ejecuta el hecho. Tiene en su poder el dominio del hecho , la decisión final sobre la realización de éste”. Se supone que el hecho que ejecuta el alcalde es llevar a cabo la construcción como promotor de la misma. Aún partiendo que el promotor puede ser cualquiera y de que no sea preciso entenderlo en un sentido estricto, solo mediante analogía in malam partem prohibida en Derecho Penal, es posible concebir que el promotor pueda serlo también quien se limita a efectuar una aportación causal al resultado de la construcción ilegal, cuando en realidad no es el titular de la actuación en el aspecto jurídico ni económico, ni quien organiza la construcción del inmueble. Dicho condición de promotor de El Trompo está señalada en la sentencia impugnada en la persona de D. Ambrosio Jiménez Quintana, quien desempañaba ese papel desde la firma en 1999 del Convenio Urbanístico firmado con el Ayuntamiento, representado por el alcalde. Una cosa es el interés municipal porque se construya una complejo multiusos en el término municipal, y otra distinta, es ese interés patrocinado por el alcalde convierta a éste, a su vez en promotor de todo lo que se construye en el municipio. Además señala la parte recurrente, hasta el 11 de octubre de 2002 no se concede la licencia por el alcalde para la construcción, momento en que según la sentencia el alcalde prevarica y se convierte en ejecutor de la construcción. El delito urbanístico, en la medida que ya estaban iniciadas las obra en 2001, ya estaba consumado. Y el dominio del hecho siempre fue de D. Ambrosio Jiménez.

Así mismo afirma la parte recurrente, que los sujetos pasivos del art. 319 del C.P. son los promotores, constructores y técnicos directores y del art. 320 del C.P. las autoridades y funcionarios públicos. La jurisprudencia tan solo ha aplicado un concurso de infracciones entre el delito del art. 319 y del art. 320 del C.P. cuando concurren a la par la cualidad de promotor que construye y la condición de autoridad que intervine en el expediente de concesión de la correspondiente licencia . Es decir, cuando la obra construida es una obra municipal.

Además alega la parte recurrente que el art. 319 .1 del C.P. precisa que la obra fuera no autorizable, pero en este caso, al menos la mayor parte de la obra era autorizable, como se desprende del hecho de que solo un porcentaje inferior al 10% tenga que ser demolido de acuerdo con la sentencia apelada. Existe jurisprudencia según la cual, la condición de autorizable se refiere al momento en que se ejecuta la obra de construcción conforma a la normativa urbanística y de planeamiento vigente en ese momento, pero también hay jurisprudencia que ha aplicado la retroactividad favorable al reo como consecuencia de una modificación del planeamiento, bastando incluso para un sector, la intención municipal de una posible legalización en el futuro.

En este caso la obra se inició sin licencia , el Ayuntamiento la suspendió y requirió a la mercantil Proyectos Inmobiliarios Las Arenas S.L. a fin de que presentara el proyecto de legalización de las obras. Posteriormente se dictó el Decreto de Alcaldía por el que se





legalizaba la edificación de El Trompo, en atención a la revisión del P.G.O.U. en la misma dirección y sentido, como expresión de la voluntad municipal, y no solo del alcalde. Para un estricto cumplimiento de la legalidad hubo de esperarse hasta la conclusión de la tramitación de la revisión del P.G.O.U. para autorizar la obra , pero desde el momento en que comenzó a construirse ya podía llegar a autorizarse.

Finalmente señala la parte recurrente sobre el carácter del terreno sobre el que se construyó El Trompo, que la mayor parte se construyó sobre suelo rústico (24.000m<sup>2</sup>) y una pequeña parte sobre zonas verdes (3200m<sup>2</sup>), pero rodeado de entorno urbano. Es suelo rústico y no era productivo, sino potencialmente productivo, por lo que no era suelo necesitado de protección y carecía de razón para su específica categorización y pretendida protección. Y en cuanto a la zona verde, motivo que llevó a la apreciación del apartado primero del art. 319 del C.P. , no condujo al juez de lo penal a estimar que la demolición debía abarcar esta zona verde afectada, sino una superficie menor, en atención al grado de edificabilidad y en lo que excede del planeamiento según el P.G.O.U. vigente, que se da por bueno en este aspecto.

Sobre la prevaricación urbanística del art. 320.2 del C.P. por el que resultó condenado el recurrente, señala su defensa en el recurso planteado que no concurren los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal, argumentado que la sentencia impugnada señala que con la concesión de licencia de obra mayor por parte de su representado, ya se estaría ante una resolución arbitraria en el sentido citado por la Jurisprudencia, de que no basta la mera irregularidad administrativa o la discordancia interpretativa de las normas, sino que la ilegalidad debe ser patente, notoria e incuestionable de tal forma que encuentre se encuentre en contradicción con los mínimos esencial del funcionamiento de la Administración. No nos encontramos ante la autorización de una construcción que cuente con todos los informes desfavorables o que cuente con más informes desfavorables que favorables. El alcalde Sr. Valencia, concedió la licencia con la propuesta de resolución en ese sentido del secretario municipal y el informe de un experto externo en el mismo sentido. Aún cuando conste otro informe desfavorable, el hecho es que el alcalde dio por bueno que podría conceder la licencia cuando el resultado, era un dos a uno a favor de concederla. No se entiende como se da por probado en la sentencia impugnada, que hubo concertación para la arbitrariedad, cuando el alcalde por mucha experiencia que tuviera, no era un experto en Derecho y se servía a estos efectos de quien gozaban de tal cualificación para informar jurídicamente las decisiones, en concreto la de D. Luciano Parejo. Tampoco se ha acreditado en la sentencia apelada el interés privado o particular del alcalde para impulsar de común acuerdo con el promotor una construcción ilegal por procedimientos ilegales. No consta el enriquecimiento de éste o los favores personales que pudieron prometerle o concertarle. Por el contrario constan los beneficios tanto económicos para las arcas públicas como de otro orden, en concreto para la ciudadanía de disfrutar de un espacio multiusos .

Desde el punto de vista subjetivo, alega el recurrente que tampoco concurre dolo directo , es decir conceder la licencia, a sabiendas de su injusticia.

La sentencia apelada condenó al encartado, D. Isaac Domínguez Valencia, como autor criminalmente responsable de delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal, en concurso medial con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal.





Resulta de interés al presente caso, recordar la jurisprudencia sobre los delitos que por las acusaciones han sido objeto de imputación y por la sentencia impugnada objeto de condena, a fin de fundamentar, a la vista de tal doctrina legal, la concurrencia o no de sus respectivos requisitos en las conductas que se enjuician.

Primeramente hemos de señalar que *el tipo objetivo del artículo 319.1 del Código penal, exige que se trate de una construcción no autorizada, mientras el apartado 2 del mencionado precepto abarca las edificaciones no autorizables lo que había dado lugar a una fuerte polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la tipicidad conforme al apartado primero de aquellas construcciones que no estando autorizadas, eran no obstante autorizables. Sin embargo dicha polémica está superada tras la redacción dada al apartado 1 del art 319 del C.P. por la L.O. 5/2010 de 22 de junio, que sustituye el término "autorizadas" originariamente utilizado por el legislador por el de "autorizables", ya empleado para la tipificación de las edificaciones previstas en el apartado segundo, equiparando pues la protección penal que se dispensa en los dos tipos penales regulados en el precepto en cuestión.*

A los tipos penales del art. 319 apartado 1 y 2 del C.P. y a la aplicación del tipo agravado del apartado primero por las reglas del art. 8 .1 y 4 del C.P., ya nos hemos referido en relación al recurso planteado por la representación del encartado, D. Ambrosio Jiménez, tan solo recordar que 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 del apartado 1º del art.9de 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 .*

Hemos de partir de los hechos declarados probados por la sentencia apelada en base a una valoración en conciencia de elementos de prueba personales practicados en el juicio oral, interrogatorios de acusados, testificales y periciales lo son, y como ha declarado la Jurisprudencia y ha sostenido esta Sala, la valoración de la credibilidad de la declaración de testigos y/o peritos en un juicio depende esencialmente de la percepción directa del tribunal de instancia (cfr. STC 167/2002; 197/2002; 198/2002; 200/2002; 212/2002; 230/2002; 68/2003; SSTs de 13 de noviembre de 2002 y 21 de mayo de 2002) y que difícilmente por tanto puede ser revisada por un Tribunal que no ha podido ver a esos testigos y/o peritos ni escuchar su declaración. Y no advertimos razones en esta segunda instancia, para sustituir la valoración probatoria realizada por el juez de instancia, no sólo por haberse basado en las facultades que le atribuye el artículo 741 de la ley de enjuiciamiento criminal y contando con las ventajas y garantías de la oralidad, inmediación y contradicción en la práctica de las pruebas, sino por no apreciarse ilógica, irracional o arbitraria.

En la sentencia apelada, en relación a la participación del encausado, D. Isaac Valencia , alcalde del Ayuntamiento de La Orotava se ha declarado probado que en una fecha no determinada, pero en todo caso con anterioridad a noviembre de 2001, D. Ambrosio Jiménez Quintana, como administrador único de la mercantil Proyectos Inmobiliarios Las Arenas S.L.,





promovió y comenzó la construcción de la edificación hoy conocida como el centro comercial “El Trompo”. En concreto, el 15 de noviembre de 2001, las obras ya se habían iniciado. Se habían realizado movimientos de desmonte y se había comenzado la construcción de pilares. El 15 de febrero de 2002, se había llevado a cabo la cimentación del centro comercial y se habían colocado columnas.

La obra de El Trompo se elevó sobre el sector adyacente al Sector 10, según el Plan General de Ordenación Urbana del municipio de La Orotava de 1990, vigente en el momento en que se inicia y desarrolla la construcción; y, sobre un pequeño terreno perteneciente al Sector 10. Según este Plan, el suelo sobre el que mayoritariamente se asentaba este edificio, la parcela anexa al Sector 10, era rústico potencialmente productivo. El suelo del Sector 10 estaba clasificado como urbanizable, si bien la parte del terreno sobre la que se edificó el Trompo estaba destinado a zonas verdes.

Este edificio terminó de construirse el 2 de diciembre de 2004, fecha del certificado final de obra.

El nuevo Plan General de Ordenación Urbana, aprobado definitivamente el 16 de julio de 2004, denominaría la parcela sobre la que mayoritariamente se construyó El Trompo como Unidad de Actuación de las Arenas. Esta parcela se clasificó como suelo urbano no consolidado por la urbanización. El terreno del Sector 10 sobre el que se asentó El Trompo dejó de ser zona verde.

Los agentes de la Policía Local de la Orotava con números de identificación profesional A-31 y A-34, así como el cabo de la Policía Local con número de identificación C-09, realizaron sendas visitas a esta parcela aneja al Sector 10. Estas visitas se realizaron el 15 de noviembre de 2001 y el 15 de febrero de 2002. Tras estas inspecciones, la Policía local puso en conocimiento del Ayuntamiento que se estaban realizando obras sin contar, aparentemente con licencia. El 3 de mayo de 2002, el aparejador municipal, D. Melecio Tamajón Hernández, acudió a las obras y describió lo construido como “estructura bajo rasante en su lado sur, lado oeste y parte del lado norte encontrándose en la esquina noroeste “dos alturas”.

Por Decreto de Alcaldía de 7 de mayo de 2002, se adoptó la medida de “mantenimiento” de suspensión de la actividad edificatoria denunciada. Esta construcción fue definida como una “estructura bajo rasante” en un lugar conocido como Polígono industrial Las Arenas, se le atribuyó a la empresa COINTE SA, que figuraba en el informe como “presunto responsable”. El Decreto especificaba que la suspensión afectaba “en lo que exceda de las previsiones expuestas por el Ingeniero Director de las obras de urbanización”.

En consecuencia, el mencionado Decreto requiere al interesado, esto es, al encausado D. Ambrosio Jiménez Quintana, administrador de la mercantil COINTE SA, aunque también de la entidad Proyectos Inmobiliarios Las Arenas S.L., que resultó ser la promotora de la obra cuestionada, a fin de que en el plazo de tres meses instase la legalización de la obra. La estructura que se estaba ejecutando, se correspondía con los cimientos de lo que posteriormente sería el centro comercial El Trompo.

El 10 de julio de 2002 D. Ambrosio Jiménez Quintana solicitó la licencia de obra mayor para la legalización del edificio El Trompo. A continuación se inició la tramitación del expediente administrativo que finalizaría con la concesión de la licencia 312/2002, el día 11 de octubre de





2002. En la tramitación del anterior expediente, los técnicos municipales del Área de Urbanismo emitieron el preceptivo informe técnico con fecha 10 de octubre de 2002. El aparejador municipal, D. Emilio la Roche, con el visto bueno del arquitecto municipal, D. Fernando Hernández García, se limitó a constatar una serie de incumplimientos (en materia de seguridad contra incendios, alineaciones y rasantes, estudio de seguridad, seguridad e higiene, control de vertidos, actividades clasificadas, ventilación e iluminación...) y a informar sobre la clasificación del suelo como rústico potencialmente productivo.

El expediente no contaba con el obligatorio informe de los servicios jurídicos municipales del Ayuntamiento. En lugar de este informe, el Ayuntamiento de La Orotava encargó un informe externo al catedrático de Derecho Administrativo, D. Luciano Parejo Afonso, ajeno a la corporación municipal. El objeto del informe consistía en determinar la naturaleza del suelo; si las obras ejecutadas eran compatibles con el planeamiento vigente en aquel momento; y, si estas obras eran susceptibles de legalización.

El 7 de octubre de 2002, los arquitectos D. Argeo Semán Díaz y D Jesús Romero Espeja, que formaban parte del equipo redactor del documento de Revisión del Plan General de Ordenación de Urbana, que se estaba tramitando en el Ayuntamiento de La Orotava, emitieron un informe a solicitud del secretario general, el encausado D. Juan Carlos de Tomás Martí. Este informe, entre otros aspectos, advierte que el nuevo Plan General de Ordenación Urbana está pendiente de aprobación definitiva por lo que todavía se pueden producir *“modificaciones, derivadas del proceso de contestación de las alegaciones y las consideraciones relativas a cuestiones planteadas durante el proceso de información pública, tanto por interés municipal, convenio, gestión urbanística, etc, como por interés supramunicipal”*. Según este informe se desconocía qué tipo de edificación se podría llevar a cabo en cada parcela afectada por la revisión del Plan General y, en concreto, en el terreno ocupado por el Trompo. Esta determinación quedaba a expensas del resultado este proceso de información pública.

Asimismo, en el expediente de legalización no se tramitó, ni se exigió al promotor que se iniciase la tramitación, con carácter previo, de la licencia de instalación de la actividad de garajes. Tampoco se realizó el preceptivo trámite de Calificación Territorial, que debe otorgar el Cabildo Insular cuando se llevan a cabo construcciones en suelo rústico. La concesión de la licencia no tuvo en cuenta que faltaba estas circunstancias.

El secretario general del Ayuntamiento, D. Juan Carlos de Tomás Martí, elevó una propuesta favorable a la legalización de obras, la cual se fundamenta, además de en el informe de D. Luciano Parejo, en las previsiones de que esa zona fuese a convertirse en suelo urbano, puesto que la parcela colindante, el Sector 10, tenía un Plan Parcial específico, el Plan Parcial del Sector 10, que había permitido edificar en esa zona. Previamente había recabado un informe “ad hoc”, sobre el estado de la consolidación de las obras de urbanización a D .Melecio Tamajón Hernández, arquitecto técnico municipal.

Con base en la propuesta del secretario del Ayuntamiento, el alcalde, D. Isaac Valencia Domínguez, el día 11 de febrero de 2002, firmó el Decreto por el que legalizaba la construcción del Trompo. En este Decreto, se le concede a la edificación la licencia sobre el proyecto de ejecución material con número 312/02, quedando así formalmente legalizada la obra.





D. Isaac Valencia Domínguez firmó la anterior resolución administrativa, con pleno conocimiento de que se apartaba de lo previsto en las normas jurídicas y con conocimiento de su injusticia. Concedió la licencia, sin esperar a la culminación del proceso legalmente establecido relativo a la modificación del Plan General de Ordenación Urbana. Tampoco se preocupó por las variaciones que pudiese sufrir la clasificación del terreno o el tipo de edificación permitida en esa parcela. Con su actuación, además de la vulneración de ordenamiento administrativo, se afectó al suelo, llevando a cabo una construcción en un suelo cuya clasificación final se desconocía. La construcción condicionó la nueva regulación del Plan General de Ordenación Urbana, que se encontraba en tramitación en esos años, y que no se aprobaría hasta el 16 de julio de 2004. El Plan General de Ordenación Urbana, incluyó la parcela sobre la que mayoritariamente se asienta El Trompo como suelo urbano no consolidado. Esta parcela se denominó Unidad de Actuación "Las Arenas".

Una vez obtenida la licencia de edificación, D. Ambrosio Jiménez Quintana prosiguió con las obras. El día 4 de diciembre de 2004 se terminó la obra para, a continuación, solicitar licencia de primera ocupación. El 16 de septiembre de 2005, el arquitecto municipal del Ayuntamiento de La Orotava, D. Fernando Hernández García, en el curso del expediente administrativo tramitado para la obtención de la Licencia de Primera Ocupación del Trompo, emitió un informe poniendo de manifiesto determinados incumplimientos en la ejecución de las obras de El Trompo. Entre estos incumplimientos, el arquitecto municipal puso de manifiesto que las obras no se habían adecuado al proyecto presentado para la legalización de las obras. Y el 26 de junio de 2006 se otorgó licencia de primera ocupación; y, el 13 de septiembre de 2006 se otorgó licencia para actividades clasificadas.

*En este caso, la sentencia apelada declara probado que conforme al P.G.O.U. de 1990, el centro comercial El Trompo fue construido la mayor parte sobre una parcela triangular, clasificada como rústico potencialmente productivo; y otra parte, sobre una parte de la parcela denominada Sector 10, destinada a zona verde, tratándose éste de suelo que el legislador penal considera de especial protección conforme a la enumeración del apartado 1 del art. 319 del C.P.*

*La sentencia apelada expone razonadamente " .. Como se ha reiterado, el terreno sobre el que se asentó El Trompo era en su mayoría rústico potencialmente productivo, más de 24.000 metros cuadrados; y en una menor parte, unos 3200 metros zona dedicada a zonas verdes. En relación con el segundo tipo de terreno, no es posible ningún tipo de construcción. En relación con el suelo rústico, sí es posible determinadas construcciones, si bien todas ellas referidas a la actividad agrícola o ganadera (art. 66 Real Decreto Legislativo 1/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias). No cabía, en ningún caso, una construcción como el Trompo".*

*En cuanto a la categorización del suelo sobre el que se alzó el edificio El Trompo, a los efectos de integrar los elementos definitorios del tipo penal del art. art. 319.1 ( viales, zona verde) y art. 319.2 del C.P. ( suelo no urbanizable), hemos de remitirnos a lo expuesto en relación al recurso planteado por D. Ambrosio Jiménez, en cuanto a que esta Sala considera que dicho concepto ha de ser interpretado conforme a la normativa urbanística y de planeamiento vigentes en el momento en que se ejecuta la obra.*





Ahora bien , la parte apelante niega que el Sr. Valencia, alcalde del Ayuntamiento de La Orotava, tuviera la condición de promotor que exigen los tipos penales del art. 319.1 y 2 del C.P. para los sujetos activos del delito y que el recurrente tuviera el dominio del hecho en la ejecución de la obra litigiosa.

El juzgador a quo en la sentencia apelada F.J.6º argumenta que *“no es preciso ningún tipo de condición profesional para ser considerado promotor, a efectos del artículo 319 del Código Penal, la cuestión es si Isaac Valencia, como alcalde, puede ser considerado como promotor de la obra El Trompo. La respuesta es positiva.*

*Isaac Valencia suscribió, como se ha visto, un Convenio de colaboración con Ambrosio Jiménez para la promoción y desarrollo urbano de la zona sobre la que se asienta el Trompo y sobre las zonas colindantes. Isaac Valencia, como alcalde, se comprometía a impulsar las modificaciones normativas necesarias para que sobre esa zona se pudiese edificar. Pero, como se ha visto, su intervención en la promoción del Trompo, no se limitó a su impulso, sino que, además, aceleró su construcción mediante el Decreto por el que se daba licencia a una obra ilegal. Su intervención no sólo se limitó a aprobar un Decreto, sino que fue decisiva en todo el proceso de planificación y edificación de la obra.(...) Isaac Valencia no es cooperador necesario, sino coautor, o autor directo. El Decreto de legalización no es un bien escaso, en el concepto jurídico penal, sino un instrumento único, insustituible y cuyo otorgamiento corresponde en exclusiva al alcalde. El alcalde no contribuye a la ejecución, sino que ejecuta el hecho. Tiene en su poder el dominio del hecho, la decisión final sobre la realización de este. Es, por tanto, coautor del delito del artículo 319 del Código Penal. La labor de Isaac Valencia permite atribuirle la realización del delito contra la ordenación del territorio.”*

Ha de traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 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".

La jurisprudencia ya reiterada del Tribunal Supremo (SS.ª de la Sala 2ª 690/2003, de 14 de mayo , y 1250/2001, de 26 de junio ), ha puesto de manifiesto que, de conformidad con lo que dispone el art. 9 de la Ley 28/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación , promotor también es el particular que encarga y financia la obra, sin que ni el tipo penal ni la norma administrativa exijan condición profesional alguna. Y esa tesis jurisprudencial ha sido seguida por numerosas Audiencias Provinciales, (p.ej., SS. núm. 28/2006, de 28 de mayo, de la AP de Pontevedra, Sec. 2ª; núm. 12/2006, de 23 de marzo , de la AP de Toledo, Sec. 1ª; núms. 70/2005, de 16 de febrero y 165/2005, de 6 de abril de la AP de Granada , Sec. 1ª; núm. 464/2004, de 26 de octubre , de la AP de Madrid, Sec. 1ª). Hay que recordar por otra parte que el Tribunal Constitucional, en auto 103/2004, de 3 de abril , no admitió a trámite la cuestión de inconstitucional que le planteaba la Audiencia Provincial de Ciudad Real con el argumento de que con la inclusión del promotor particular se vulneraba el principio de legalidad. Pero es que, además, como recuerda la ya citada S.ª del Tribunal Supremo 690/2003, de 14 de mayo , la ley no construye esta figura de un modo artificioso, sino que la toma de una realidad preexistente y





del propio sentido gramatical de la palabra "promotor", que no es un concepto técnico, sino que denota quien toma una iniciativa, y no sólo en el ámbito inmobiliario. En efecto, si se acude al Diccionario de la Real Academia, promotor significa, simplemente quien "promueve una cosa, haciendo las diligencias conducentes para su logro". El art. 319 del Código Penal , en sus dos apartados en los que se definen el tipo básico y el agravado de los delitos contra la ordenación del territorio, responsabiliza de ellos a "los promotores, constructores o técnicos directores". Cualquiera de estas tres categorías de agentes del proceso constructivo que haya participado en la edificación ilegal será susceptible de cometer el delito .

En efecto, el artículo 319 del Código Penal se refiere a tres posibles sujetos activos de la infracción penal, el promotor, el constructor y el directo técnico, y sólo respecto a éste es exigible el requisito de la profesionalidad, en el sentido de contar con capacitación técnica reconocida por un título oficial. Sin embargo, promotor de una obra puede serlo tanto quien se dedique profesionalmente a ello, como el dueño de la obra que encarga a otro la ejecución. Igualmente, es constructor tanto el que se dedica profesionalmente a la ejecución de obras de construcción, como quien realiza una autoconstrucción.

En tal sentido, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Nº 1.250/2011, de 26 de junio , citada por la sentencia apelada, 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 (vid. STS 1127/2009, 27-11 ).

Por su parte la Ley de Ordenación de la Edificación en su artículo 9 .1 define el promotor como " cualquier persona , física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega , cesión o terceros bajo cualquier título".

Pues bien, en el supuesto de autos, es claro que el encartado D. Ambrosio Jiménez, como representante legal de la entidad mercantil Proyectos Inmobiliarios las Arenas S.L., reúne las condiciones necesarias para ser sujeto activo de la infracción penal, en su condición de promotor y constructor de las obras, y ello a la vista del hecho declarado probado en la sentencia de instancia en su apartado segundo. La cuestión debatida es si el alcalde del Ayuntamiento de La Orotava, el encartado. D. Isaac Valencia, reúne las condiciones necesarias para ser autor del delito del art. 319.1 del C.P. por el que resultó condenado como promotor, tal y como razona la sentencia impugnada .





La conclusión debe ser negativa. Partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, el encartado D. Isaac Valencia en su condición de alcalde, firmó el Decreto de 11 de octubre de 2002 por el que concede a Proyecto Inmobiliarios Las Arenas S.L. licencia de legalización de las obras de construcción de El Trompo, que ya habían sido iniciadas con anterioridad ( 15 /11/2001), contraviniendo la legislación urbanística y normas de planeamiento, así como las normas del procedimiento administrativo en materia urbanística vigentes en ese momento, lo que afectó a la clasificación del suelo, pues se llevó a cabo una construcción en un suelo cuya clasificación final se desconocía y se condicionó el planeamiento, todo ello, a sabiendas de su injusticia.

En ningún momento se recoge en los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, que el encartado Sr. Valencia programara o financiara con recursos propios o ajenos, las obras de edificación de El Trompo para sí o para su posterior enajenación, entrega , cesión o terceros bajo cualquier título. No nos encontramos ante un supuesto en el que el encartado, haya programado, impulsado o financiado, la obra de una edificación de su propiedad particular o, en su condición de alcalde, propiedad de la corporación local que presidía. Por lo que no cabe considerarle autor del delito del 319.1 o 2 del C.P. como argumenta el juzgador a quo.

No obstante, entiende esta Sala que la conducta del encartado D. Isaac Valencia integra un supuesto cooperación necesaria en la comisión de aquel delito, lo que no tendría efectos penalógicos, a tenor de los arts 28 y 61 del C.P . Y ello por cuanto firmó el Decreto de 11 de octubre de 2002, por el que concedió a Proyecto Inmobiliarios Las Arenas S.L., licencia de legalización de las obras de construcción del edificio denominado El Trompo, destinado a uso comercial y garajes, en suelo destinado a zona verde y viales y en suelo rústico, dándoles cobertura y amparo legal y permitiendo la continuación de la ejecución de las obras, al ejecutor directo, el promotor Sr. Jiménez, por lo que el encartado, D. Isaac Valencia, contribuyó de forma esencial y relevante en la ejecución de las obras de edificación de El Trompo.

En conclusión, ha de ser desestimado el motivo de impugnación relativo a infracción de las normas del art 319 del C.P. .

**DECIMOCUARTO.-** *En cuanto al delito de prevaricación urbanística del art. 320.2 del C.P., conforme señala la STS núm. 497/2012, de 4 de junio , citando resoluciones de 23 de mayo de 2005 y de 28 de marzo de 2006, entre otras, "Tal delito no es sino una especialidad del más genérico de prevaricación penado en el artículo 404, a cuya penalidad se 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 no puede utilizarse de forma arbitraria ni siquiera bajo el pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos. Por el contrario, debe 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 ciña al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio. El actual concepto penal afecta exclusivamente a la injusticia clara y manifiesta, con verdadero y patente torcimiento del derecho por su total contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, como señala la STS núm. 663/2005 , no habrá delito si existen dudas razonables sobre la injusticia de la resolución o si se trata de una cuestión sujeta a interpretación doctrinal o jurisprudencial, pues "en tales casos desaparecería*





*el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en la vía correspondiente, y nunca en la penal. En todo caso, en el delito de prevaricación urbanística la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable ".*

*En la STS nº 497/2012, de 4 de junio ya mencionada , partiendo de que, en el caso del art. 320 CP , nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), se afirmaba que " mientras que la modalidad genérica del art. 404 CP exige que la autoridad o funcionario, además de una actuación a sabiendas de su injusticia, produzca una resolución arbitraria, en la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia. En ambos casos, el contenido de la acción es similar, pues la arbitrariedad es una forma de injusticia. De ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial la jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica (SSTS núm. 331/2003 , 1658/2003 ó 1015/2002 ), bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado. La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que al derecho penal le corresponde un papel inferior o meramente auxiliar respecto del derecho administrativo: ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico, conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves ".*

La Sala Segunda a propósito del **delito** de prevaricación - sentencia de 3 de junio de 2.014 y 23 de febrero de 2015 - ya ha indicado que " *En cuanto a la necesaria arbitrariedad que debe inspirar el acto (prevaricador), ha de traducirse en la consciente aplicación torcida del derecho que perjudica o beneficia a alguien ( SS.TS. 1.147/1.999, de 9 de julio ; 67/2.002, de 25 de enero , y 1.658/2.003, de 4 de diciembre ); en la voluntaria contravención de la norma que genera una patente contradicción con el ordenamiento jurídico y un desprecio hacia los intereses tutelados, o, dicho de otro modo, en la caprichosa imposición de la voluntad del sujeto público, que se convierte en impropia norma particular no amparada en ninguna interpretación jurídica admisible. En síntesis, la resolución prevaricadora no sólo ha de ser jurídicamente incorrecta, sino insostenible ante cualquier método aceptable de interpretación de la Ley ( SS.TS. 1.497/2.002, de 23 de septiembre ; 331/2.003, de 5 de marzo ; 1.068/2.004, de 29 de septiembre ; 755/2.007, de 25 de septiembre ; 861/2.008, de 15 de diciembre , y 49/2.010, de 4 de febrero , entre otras). Se excluyen, por tanto, las meras ilegalidades o interpretaciones discutibles o simplemente erróneas, o que aun pudiendo ser contrarias a intereses jurídicamente protegidos, no dejen a éstos, por ausencia de reproche penal, sin posibilidad de alcanzar la debida protección por la vía civil o administrativa adecuada ( SS.TS. 444/2.000, de 20 de marzo , y 861/2.008, de 15 de diciembre , entre otras) ".*

La conducta del encartado D. Isaac Valencia, descrita en el fundamento de derecho





anterior, resulta también subsumible en el tipo penal del art. 320.2 del C.P. , como razonaremos a continuación, si bien no nos encontramos ante un concurso de leyes, sino ante un concurso de delitos, y ello por cuanto la jurisprudencia viene señalando en relación a la aplicación del art. 319 junto al 320 del C.P., que no encierra colisión con el principio non bis in ídem, pues 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, entre otras, STS 1127/2009, de 27 de noviembre.

Efectivamente, esta Sala entiende que en los hechos declarados probados en la sentencia apelada que han sido anteriormente expuestos, concurren, sin lugar a duda, los elementos integradores del delito de prevaricación urbanística del art. 320.2 del C.P.

Según dispone el artículo 3.1 Del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones y determinaciones de la Ley del Suelo, de los Planes de Ordenación Urbana y Programas de Actuación Urbanística y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento o de las Normas y Ordenanzas reguladoras sobre uso del suelo y edificación.

En este caso, se concedió la licencia de legalización, de obra mayor, para la construcción del centro multiusos, con locales comerciales y garajes denominado El Trompo, en la parcela aneja al Sector 10 y zonas verdes de dicho Sector conforme al Plan Parcial Sector 10 Las Arenas de 2000, mediante Decreto de 11 de octubre de 2012 firmado por el encartado, D. Isaac Valencia, en su condición de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de La Orotava, pese a las infracciones normativa en materia urbanística y de procedimiento administrativo cometidas en la tramitación del expediente de legalización de obras nº 312/2012. En concreto, omitiendo los sistemas de control establecidos por el legislador, y en particular resultaron infringidas las siguientes disposiciones normativas:

*-El Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, en su art 32 atribuye al Plan General de Ordenación, la ordenación estructural, conformando el documento denominado plan básico de ordenación municipal, y la ordenación pormenorizada del municipio, conformando el documento denominado plan de ordenación pormenorizada. Y define el modelo de ocupación del territorio y desarrollo urbano en base a las siguientes determinaciones: 1) La clasificación del suelo.2) En el suelo rústico, su adscripción a la categoría que corresponda y la determinación de los usos genéricos atribuibles a cada categoría. 3) En el suelo urbano y urbanizable . Y a tenor de lo dispuesto en su artículo 44 .2. “ Los instrumentos de ordenación de los recursos naturales y del territorio entrarán en vigor con la íntegra publicación de su normativa en el Boletín Oficial de Canarias, sin perjuicio de la publicación del acuerdo de aprobación definitiva. Los instrumentos de ordenación urbanística entrarán en vigor con la publicación de los acuerdos de su aprobación definitiva en el Boletín Oficial de Canarias, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de régimen local. 3. Los instrumentos de ordenación tienen vigencia indefinida.”*

*-El Reglamento de Planeamiento de Ordenación Urbana aprobado por Decreto 2159/1978, de 23 de junio que dispone en su art 120 “ 1. La aprobación inicial de los Planes, Normas, Programas, Estudios de Detalle o de su reforma determinará por sí sola la suspensión del*





otorgamiento de licencias para aquellas áreas del territorio objeto del planeamiento, cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanístico vigente. No obstante, podrán concederse licencias basadas en el régimen vigente, siempre que se respeten las determinaciones del nuevo planeamiento. En consecuencia la aprobación inicial del nuevo P.G.O.U. de La Orotava , debió determinar la suspensión del otorgamientos de licencias de edificación en la parcela en cuestión.

-El art. 94 del P.G.O.U. de 1990, al que hizo referencia en su informe el arquitecto del Ayuntamiento de La Orotava, Sr. Hernández García, quien indicó que el precepto infringido señaló respecto a la zona agrícola potencialmente productiva, lo siguiente : “definición: es aquella que por su climatología y adecuación tiene un alto índice de productividad actual o potencial para el uso agrícola”. “Usos permitidos: 1. todos los constituidos por la actividad agrícola. Las edificaciones e instalaciones no residenciales en parcelas superiores a 1000 m2 inscritas antes de la aprobación inicial exclusiva y directamente relacionadas con la agricultura, en una planta sobre cualquier punto del terreno. La superficie construida máxima será de 50 m2. La edificación será aislada y con 100%de tejado . Los retranqueos serán de 2 metros como mínimo”. “Todos los usos no edificatorios que no comprometan el uso agrícola potencial”. “Usos y actividades prohibidas:..... el uso edificatorio en general”.

-El art. 66 R.D. Legislativo 1/2000 por el que se prueba el T.R. de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias), según el cual en terreno rústico tan solo tendrían cabida las construcciones destinadas a actividad agrícola, ganadera , forestal, extractivo y de infraestructuras.

-Además el artículo 62 bis del citado R.D. Legislativo 1/2000, de 8 de mayo que establece: *“Toda actuación transformadora del suelo rústico, con carácter previo a la licencia municipal, está sujeta a la obtención de Proyecto de Actuación Territorial o Calificación Territorial por el cabildo de la isla, salvo los supuestos previstos en el artículo 63 de este Texto Refundido”*. Los Proyectos de Actuación Territorial, a tenor del art. 62 ter, apartado 1º, del citado TR, son *“instrumentos que permiten con carácter excepcional, y por razón de interés público o social, la previsión y realización de obras, construcciones e instalaciones precisas para la implantación en suelo rústico no clasificado como de protección ambiental, de dotaciones, de equipamiento, o de actividades industriales, energéticas o turísticas que hayan de situarse necesariamente en suelo rústico o que por su naturaleza sean incompatibles con el suelo urbano y urbanizable y siempre que dicha implantación no estuviere específicamente prohibida por el planeamiento”*. En todo caso, y sentado el carácter excepcional de tales Proyectos de Actuación Territorial, *“La implantación de los correspondientes usos y actividades y la ejecución de las obras e instalaciones que sean precisas quedarán legitimadas por la aprobación del proyecto, sin perjuicio de la necesidad de la obtención, en su caso, de las autorizaciones sectoriales pertinentes y de la licencia municipal”*. En el expediente de licencia de legalización de obra nº 312/2012 se omitió el preceptivo trámite de calificación territorial, cuyo otorgamiento es competencia del Cabildo Insular de Tenerife, se trata de un requisito de control del órgano y garantía para la ciudadanía de que la potestad ejercida se ajusta a la legalidad vigente.

Por tanto, el proyecto de obra carecía ya de inicio, de autorizaciones administrativas preceptivas, tal y como previene el artículo 168.2 y 170.5 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, según los cuales en la instrucción del expediente, el órgano municipal requerirá la emisión de informes o





autorizaciones previas, en su caso, por organismos administrativos de la Comunidad Autónoma competentes por incidencia de la legislación sectorial, salvo que el promotor acredite la obtención de los mismos.

-El Decreto de concesión de licencia de legalización de obra de 11 de octubre de 2002, firmado por el recurrente, D. Isaac Valencia, en el expediente de licencia de obra nº 312/2012, adolecía del preceptivo informe del jurista del Ayuntamiento de La Orotava. Así lo exige expresamente el artículo 166.5, a) del 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, que dispone que están sujetos a previa licencia urbanística, sin perjuicio de las demás autorizaciones que sean procedentes con arreglo a la legislación sectorial aplicable, los actos de construcción y edificación y de uso del suelo y, en particular, las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase de nueva planta. Reglamentariamente se determinará el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas, debiéndose contemplar los siguientes actos de instrucción, los informes técnico y jurídico de los servicios municipales sobre la conformidad del acto pretendido con la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística aplicable.

La exigibilidad del informe del jurista viene determinada por la necesidad de informar al órgano competente sobre los requisitos jurídicos de los actos a autorizar, pero a su vez se convierte en un requisito de control del órgano y garantía para al ciudadanía de que la potestad ejercida se ajusta a la legalidad vigente. Así el artículo 7.6 de la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística establecía “ En todo procedimiento de concesión de licencia es preceptiva la emisión de informes técnicos y jurídico o de legalidad por los servicios municipales “. Sobre la obligatoriedad de estos informes no cabe ninguna duda por lo establecido en el art 166.5 del R.D. Legislativo 1/2000, de 8 de mayo y Real Decreto 2.187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística, en cuyo artículo 4.2 se menciona a ambos. Conforme a los hechos probados y no ha sido objeto del recurso, la resolución del alcalde, Decreto de 11 de octubre de 2002 por el que se legalizó la obra de construcción de El Trompo carecía de dicho informe jurídico emitido por técnicos del Ayuntamiento de La Orotava, habiéndose solicitado informe ad hoc al jurista externo D. Luciano Parejo Afonso, de lo cual el recurrente tuvo conocimiento por cuanto reconoció que el Secretario General del Ayuntamiento, D. Juan Carlos Martín, le había informado. El informe del jurista no es un acto de mero trámite, sino que se contiene en la esencia misma del expediente administrativo, requisito ineludible para la resolución. No cabe resolución, sin expediente y no hay expediente sin los informes de los técnicos y juristas preceptivos.

-Además en el expediente de licencia de legalización de obras n.º 312/2012 no se exigió al promotor, la licencia para actividades clasificadas y garajes, de conformidad con lo previsto en el art. 4 de la Ley 1/1998, de 8 de enero de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas. Dispone el artículo 1 del citado texto legal, “ Objeto de la Ley; la presente ley regula, en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias, el régimen jurídico de los espectáculos públicos y de las actividades clasificadas.” Su artículo 2 dispone “.- Ámbito de aplicación. 1. Quedan sometidas a la presente ley todas las actividades, que se denominarán clasificadas, que sean calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, de acuerdo con las siguientes definiciones: a) Serán calificadas como molestas las actividades que constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o





sustancias que eliminen.b) Se calificarán como insalubres las que den lugar a desprendimiento o evacuación de productos que puedan resultar directa o indirectamente perjudiciales para la salud humana.c) Se aplicará la calificación de nocivas a las que, por las mismas causas, puedan ocasionar daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola y, en general, al medio ambiente. d) Se considerarán peligrosas las que tengan por objeto fabricar, manipular, expender o almacenar productos susceptibles de originar riesgos graves por explosiones, combustiones, radiaciones u otros de análoga importancia para las personas o los bienes....”

Dentro del **Título I: Licencias y Autorizaciones.**— Dentro del Capítulo I del Título II, se hace referencia a las licencias y autorizaciones. Dispone su artículo 4.- *Exigencia de previa licencia o autorización.1. Estarán sujetas a previa licencia municipal las actividades clasificadas definidas en el artículo 2.1.....Esta licencia será en todo caso previa a la de obras cuando el inmueble estuviere destinado específicamente a una actividad sujeta a esta ley....”* Y es competencia de los alcaldes, resolver sobre las licencias para el ejercicio de las actividades clasificadas y las autorizaciones de espectáculos públicos, en los casos y según el procedimiento previsto en esta ley, a tenor del artículo 5.

Dicha licencia se solicitó una vez entró en vigor el P.G.O.U. de 2004, y por tanto la categorización de la parcela triangular sobre la que se levantó mayormente El Trompo, como suelo urbano no consolidado. Así se desprende del expediente administrativo relativo a la licencia de primera ocupación del edificio multiusos El Trompo de la Unidad de Actuación Las Arenas, obrante a los folios 641 y siguientes de las actuaciones, en el que consta que la licencia de primera ocupación del edificio multiusos El Trompo se solicitó el 3 de diciembre de 2004 ( folio 652) . El 14 de diciembre de 2005 se concedió , previo informe jurídico y técnico, mediante Decreto del Concejal Delgado de Urbanismo (folio 672), la licencia de legalización al reformado del proyecto de ejecución de edificación destinado a usos múltiples en la Unidad de Actuación Las Arenas, que recogen las modificaciones introducidas durante la ejecución de las obras y se otorgó a D. Ambrosio Jiménez en representación de Proyecto Inmobiliarios Las Arenas S.L., licencia de ocupación parcial de la edificación de la obra civil comercial, que se corresponde con las plantas semisótano 1 , semisótano 2, planta baja y planta primera situada en la Unidad de Actuación Las Arenas, condicionada al cumplimiento de la cesión a favor del Ayuntamiento , mediante otorgamiento de escritura pública unilateral , de los terrenos situados en dicha Unidad ( Unidad de Actuación Las Arenas), destinados a espacios libres y red viaria.

El informe técnico del arquitecto municipal, D. Fernando Hernández García de 16 de septiembre de 2005, puso de relieve en relación a la solicitud de licencia de primera ocupación Proyecto Reformado, que la superficie construida que figura en el Proyecto Reformado coincidía con la superficie real medida por esta Área de Intervención Urbanística, pero que existían diferencias entre el Proyecto Inicial y el reformado en cuanto a la superficie de locales comercial, es decir parte de la superficie construida abierta prevista en el proyecto inicial, había sido incorporada a diversos locales anexos y había pasado a formar parte de la superficie construida cerrada del edificio sobre rasante. La entidad promotora presentó ante el Ayuntamiento Proyecto de instalación del garaje situado en semisótano 3 del edificio El Trompo y hasta la fecha del informe citado, no había sido remitido al Cabildo Insular de Tenerife, y por lo tanto, no contaba con la clasificación de la actividad. Tampoco habían sido tramitados, ni el Convenio Urbanístico de Gestión Concertada presentado ante el Ayuntamiento, ni el Proyecto de Urbanización de dicha Unidad de Actuación, que no se aporta. Restando, por tanto cumplir,





los deberes de equidistribución ( cesión de suelo necesario para la materializar el 10% del aprovechamiento de la Unidad de Actuación o monetarización de dicho suelo) y cesión de viales y espacios libres y parte de los deberes de urbanización .

En virtud de Decreto del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de La Orotava de fecha 9 de diciembre de 2005, se procedió a la recepción definitiva de las obras de urbanización correspondientes a la Unidad de Actuación Las Arenas ( folio 1048) y en fecha 14 de diciembre de 2005 se levantó acta de cesión de espacios libres y zonas verdes en la Unidad de Actuación Las Arenas ( al folio 1035), otorgándose escritura pública de segregación y cesión unilateral a favor del Ayuntamiento de La Orotava en fecha 23 de febrero de 2006 ( al folio 1038).

Por Decreto de 26 de junio de 2006, el encausado . Sr Valencia resolvió tomar conocimiento del cumplimiento de la condición impuesta a Proyecto Inmobiliarios Las Arenas S.L. en el acto de concesión de licencia de primera ocupación parcial de la edificación de la obra civil comercial que se corresponde con las plantas semisótano 1, semisótano 2 , planta baja y planta primera situada en la Unidad de Actuación Las Arenas. Y el alcalde accidental, mediante Decreto de 16 de agosto de 2006 concedió sujeta a condiciones, licencia de la instalación solicitada para una actividad de garajes en el centro comercial El Trompo, previa calificación de actividad molesta, nociva y peligrosa por Resolución del Director del Área de Desarrollo Económico, Comercio y Empleo del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife de fecha 31 de julio de 2006, que informó favorablemente a la concesión de la licencia. Y se concedió mediante Decreto de fecha 13 de septiembre de 2006, del Concejal Delegado de Urbanismo, licencia de primera ocupación de planta destinada a garajes que se corresponde con planta semisótano 3 del Centro Comercial El Trompo ( folio 692) .

También obra en dicho expediente resolución de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de 11 de octubre de 2005, según la cual en relación a la solicitud de licencia comercial para la implantación de un Centro Comercial en la manzana B del Plan Parcial Las Arenas , Sector 10, conforme a la documentación aportada no procede la concesión de licencia comercial específica para dicho centro comercial, al haber obtenido licencia de legalización sobre el Proyecto de Ejecución Material, presentado por Proyectos Inmobiliarios Las Arenas S.L., recaída en su solicitud de 10 de julio de 2002, en licencia administrativa para el denominado Proyecto Básico de Centro de Ocio, Polígono San Jerónimo, Plan Parcial Las Arenas , Sector 10, según consta en el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de La Orotava de 11 de octubre de 2002 , todo ello con anterioridad a la Ley Territorial 10/2003 de 3 de abril , reguladora de la licencia Comercial Específica.

*Recordemos la STS 82/2017 , 13 de febrero “ En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que*





se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS. 443/2008 de 1 de julio).

Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señalan la STS 152/2015, de 24 de febrero o la STS 797/2015, de 24 de noviembre, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

En sentencias de esta Sala, como la citada STS 152/2015, de 24 de febrero, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna. La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada.

Como se recordaba en el STS 797/2015, de 24 de noviembre, las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.”

Las omisiones procedimentales señaladas en esta sentencia, resultan relevantes para caracterizar la arbitrariedad y la conciencia de su injusticia exigida por el tipo penal. Cuando se trata de infracciones del procedimiento, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo señaló en su sentencia n° 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





alejarse 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 relación a la conducta del recurrente quien dictó Decreto concediendo licencia de legalización de obra nº 312/2002, sin informe jurídico emitido por los técnicos del Ayuntamiento ( así lo confirmó en el juicio oral la testigo Doña Adela Díaz Morales, técnica del Área de Planeamiento) y sin cumplir requisitos administrativos preceptivos, hemos de traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo 743/2013, de 11 de octubre , que razona que el procedimiento administrativo, 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.

Son, en este sentido, trámites esenciales. (STS nº 331/2003, de 5 de marzo y 363/2006, de 28 de marzo), siempre, claro está, que el resultado final sea precisamente la vulneración de la norma urbanística vigente.

Dicho cuanto antecede, resulta acreditado que el alcalde, D. Isaac Valencia, cuando firmó el Decreto de concesión de licencia de legalización de obra en el expediente 312/2012, tenía conocimiento del contenido del citado expediente y de los informes técnicos obrantes en el mismo, que advertían de la clasificación de suelo agrícola potencialmente productivo de la parcela aneja al Sector 10, sobre la que se pretendía ejecutar el proyecto al que se refería la solicitud de licencia . Y aún cuando el secretario general del Ayuntamiento de La Orotava, emitiera una propuesta de resolución favorable a la concesión de la licencia, en base al informe emitido por el jurista externo D. Luciano Parejo Afonso, lo cierto es que el expediente adolecía de los requisitos exigidos por la legislación en materia urbanística vigente, entre ellos el preceptivo informe del técnico jurista del Ayuntamiento, cuya omisión no pudo pasar por alto el recurrente, no siendo óbice alguno el que no fuera experto en Derecho, toda vez que es conocido por cualquier ciudadano con nivel cultural medio que las concesiones de licencias de obras en terreno no urbanizable exigen un riguroso control de lo que se pretende edificar y además, el recurrente desempeñó el cargo público de alcalde del Ayuntamiento de La Orotava durante muchos años.

La omisión de dicho informe de los técnicos juristas del Ayuntamiento de La Orotava, sólo se entiende como parte del contexto de la conducta delictiva del apelante, pues D. Isaac Valencia era concedor de la clasificación y categorización del suelo en el que se levantó el centro comercial El Trompo, suelo rústico potencialmente agrícola y zona verdes y de que dicha obra no era autorizable, conforme a la normativa urbanística vigente en el momento de otorgamiento de la licencia de legalización de la obra, mediante Decreto de 11 de octubre de 2002, no solo por los informes de los técnicos obrantes en el expediente de legalización nº





312/2012, del arquitecto técnico D. Emilio La Roche y del arquitecto municipal, D. Fernández Hernández ya mencionados, sino porque desempeñaba el cargo de alcalde del Ayuntamiento de La Orotava durante la tramitación y aprobación de las modificaciones del planeamiento vigente en el municipio de La Orotava en aquella época, modificación del Plan Parcial Las Arenas y revisión del P.G.O.U., incluso firmó en su condición de alcalde, el Convenio suscrito con el promotor D. Ambrosio Jiménez en fecha 14 de diciembre de 1999, en el que se estipulaba la obligación del Ayuntamiento de La Orotava de llevar a cabo las modificaciones en el planeamiento necesarias para la urbanización y construcción en la zona donde se construyó El Trompo . Recordemos el contenido de la estipulación quinta: *“Para gestionar la ejecución del viario al norte del Plan Parcial las Arenas hasta su unión con el enlace 4, conforme propone el Avance de la Revisión del Plan General, podrá ampliarse la delimitación del Sector 1 de suelo urbanizable del Plan General en el espacio triangular definido por el Plan Parcial, la Rambla y la Autopista, y adscribir a su desarrollo la ejecución de las obras correspondientes siempre que sin exceder los límites de edificabilidad del Plan Parcial, pueda asignarse a esta ampliación un aprovechamiento equivalente al mismo.”* Y estipulación Sexta *“ El cumplimiento de las obligaciones establecidas en este convenio, queda sometido a la condición suspensiva de la aprobación definitiva de las modificaciones de planeamiento y al mantenimiento de las mismas de las determinaciones pactadas.”* Y además sobre en el expediente de legalización nº 312/2002, el informe de 7 de octubre de 2002, emitido por los arquitectos D. Argeo Semán Díaz y D. Jesús Romero Espeja, que formaban parte del equipo redactor del documento de Revisión del Plan General de Ordenación de Urbana, que señalaban que éste estaba aprobado inicialmente y en fase de redacción para su aprobación provisional en esa fecha, que estaba pendiente de aprobación definitiva por lo que todavía se podían producir *“modificaciones, derivadas del proceso de contestación de las alegaciones y las consideraciones relativas a cuestiones planteadas durante el proceso de información pública, tanto por interés municipal, convenio, gestión urbanística, etc, como por interés supramunicipal”*.

*Además en el año 2000, con anterioridad al inicio de las obras de edificación de El Trompo, el recurrente D. Isaac Valencia y el resto de encartados, tenían conocimiento de que en esa parcela se iba a construir un centro comercial, o esa era la previsión desde el Ayuntamiento, por cuanto el informe de la Consejería de Obras Públicas , Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias de 15 de marzo de 2000 sobre la modificación del Plan Parcial Las Arenas Sector 10 de La Orotava, puso de manifiesto la implantación de un futuro centro de servicios constituido por los Polígono de San Jerónimo y de Las Arenas, razón por la que se rediseñó el viario del Plan Parcial creando una rambla prolongación de la actualmente existente en el Polígono de San Jerónimo, que junto con los enlaces 4 y 5 de la Autopista y esta misma conformaban un circuito viario adecuado para garantizar la correcta accesibilidad al área de servicio. Y el testigo D. Gabriel Luis Andrés Martín de Lorenzo Cáceres, Jefe de Ingeniería de Estudios y Proyectos, actualmente Jefe de Proyectos y Obras de la Consejería de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias declaró que la cooperación administrativa había tenido lugar entre distintas administraciones, entre ellas el Ayuntamiento de La Orotava, a la hora de construir el ramal de salida de la TF-5 en La Orotava. Y manifestó que su preocupación fue que se ampliase el tramo de conexión con la autopista y la conexión con La Vera para que fueran lo suficientemente amplias como para dar cabida al número de vehículos que iban a entrar y salir por la autopista, ante la previsión de que en esa zona fuese un centro comercial. Y reconoció*





que había tenido diversas reuniones con los representantes del Ayuntamiento y con el promotor, en relación con la construcción de la carretera, y que en estas reuniones se le indicó que en esa parcela estaba previsto construir un centro comercial.

A mayor abundamiento, el encartado firmó el Decreto de 11 de octubre de 2002, por el que concedió a Proyecto Inmobiliarios Las Arenas S.L., licencia de legalización de obras para la construcción de El Trompo, la cual quedó condicionada a una serie de extremos, entre ellos: al cumplimiento de la normativa aplicable al Plan Parcial del Sector 10 en los parámetros que se deducen de los informes jurídicos obrantes en el expediente (en concreto se refiere al informe del Sr. Luciano Parejo); y al cumplimiento de la ordenación que sobre dicho ámbito territorial se apruebe de forma provisional y definitiva, por los órganos competentes, en cuanto culminación del procedimiento abierto de Revisión del Plan General, para su adaptación al Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias. Tal y como señalamos en relación al recurso de D. Ambrosio Jiménez, dichas condiciones tenían como único objeto posibilitar la concesión de la licencia y permitir la continuación de las obras de construcción del centro multiusos, que ya se hallaban suspendidas por orden del Área de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de La Orotava y por Decreto de la Alcaldía de 7 de mayo de 2002, y que no eran susceptibles de legalización conforme a la normativa urbanística vigente en ese momento, el P.G.O.U. de La Orotava de 1990, al ocupar suelo clasificado como rústico (la parcela triangular situada fuera del ámbito territorial del Plan Parcial Sector 10), lo que determinó que el encartado otorgara la licencia, siempre que se cumpliera la normativa urbanística prevista para otro ámbito territorial, así como la ordenación que sobre el ámbito territorial sobre el que se levantó la mayor parte de la edificación fuera aprobado, condición por su naturaleza futura e incierta.

Todo ello afectó a la clasificación del suelo, pues se llevó a cabo una construcción en un suelo cuya clasificación final se desconocía y condicionó el planeamiento cuya revisión aún estaba en trámite, pues el nuevo Plan General de Ordenación Urbana se publicó el 16 de julio de 2004, siendo éste el que clasificó la parcela sobre la que mayoritariamente se asienta El Trompo, como suelo urbano no consolidado, siendo denominada Unidad de Actuación "Las Arenas".

Lo expuesto anteriormente revela que el recurrente actuó, a sabiendas de que la resolución que dictó era contraria a las disposiciones legales que le vinculaban en el ejercicio de las funciones de su cargo, y por tanto a sabiendas de su injusticia.

En conclusión, ha de ser desestimado el motivo de impugnación relativo a infracción del precepto penal sustantivo del art 320.2 del C.P.

**DECIMOQUINTO.-** En cuanto al motivo referido al quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva e infracción del art. 77 del C.P. . La parte recurrente se muestra disconforme con las reglas penológicas aplicadas por la sentencia impugnada por ser contrarias al reo. Y argumenta que el único comportamiento por el que se acusa al recurrente, es firmar un Decreto de 11 de octubre de 2002 por el que se legalizaba la edificación, y el concepto de concurso medial exige la presencia de, al menos, dos comportamientos delictivos, que no se dan en este caso.

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 este caso, partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, ya expuestos en esta sentencia, se atribuye al alcalde D. Isaac Valencia, una única acción delictiva, consistente en la firma del Decreto de 11 de octubre de 2002 por el que concede a Proyecto Inmobiliarios Las Arenas S.L., licencia de legalización de las obras de construcción del centro multiusos El Trompo, contraviniendo la legislación urbanística y normas de planeamiento, así como las normas del procedimiento administrativo en materia urbanística, vigentes en ese momento, lo que afectó a la clasificación suelo, pues se llevó a cabo una construcción en un suelo cuya clasificación final se desconocía y se condicionó el planeamiento, toda vez que en esa fecha aún estaba en trámite la revisión del P.G.O. U. de La Orotava, que se publicó definitivamente el 16 de julio de 2004, todo ello, a sabiendas de su injusticia. Por lo que estaríamos ante un concurso ideal de delitos del art. 77 del C.P. y no medial como señala el juzgador de instancia, pues se atribuye al recurrente una sola acción delictiva.

La apreciación de la existencia del concurso ideal de delitos, no tendría consecuencias penológicas, al tener normas penológicas comunes el concurso ideal y medial de delitos, conforme al art. 77 del C.P. vigente en la fecha de los hechos.

No obstante, la parte apelante argumentó además, como postulado de este motivo de impugnación, que el juzgador de instancia optó por castigar las infracciones separadamente, entendiendo aplicable el art. 77.3 del C.P., por estimarlo más beneficioso al reo, y alega que la suma de las penas resultantes, es más gravosa que la que resultaría de aplicar la pena prevista para la infracción más grave (delito de prevaricación), en su mitad superior y en su mínima extensión por aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

El tipo penal del art.320.2 del C.P. vigente en la fecha de los hechos, castiga la conducta delictiva descrita con pena prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. Además la pena del artículo 404, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. Y de otra parte el delito del art. 319.1 del C.P. castiga la conducta tipificada con pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años.





Por lo tanto, teniendo en cuenta las penas en abstracto, el delito más grave a tenor de lo dispuesto en el art. 13 y 33 del C.P., es el delito del art. 320 .2 del C.P. . Ahora bien, para determinar la regla penalógica más favorable al reo de las previstas en los apartados 2 y 3 del art. 77 C.P. , habrá que estar a las penas aplicables al caso concreto. En este supuesto, resulta más favorable al recurrente penar las diferentes infracciones penales por separado, a la vista de la revisión que procederá en esta segunda instancia por las razones que se expondrán, de las penas impuestas en la sentencia impugnada.

En consecuencia, el motivo de impugnación ha de ser desestimado .

**DECIMOSEXTO.-** En cuanto a la prescripción del delito contra la ordenación del territorio, alega la parte recurrente que se recibió declaración al Sr. Valencia el 21 de febrero de 2011 y la fecha de finalización de la obra de El Trompo, es 2 de diciembre de 2014, conforme a la sentencia impugnada, es decir que transcurrió más de tres años, plazo de prescripción del delito contra la ordenación del territorio . Y aún cuando se aplique el plazo de prescripción de diez años, previsto para el delito de prevaricación urbanística, no es hasta el escrito de calificación del Ministerio Fiscal formulado en el año 2015, cuando se hace referencia a la existencia del delito del art. 319.1 del C.P. en relación al Sr. Valencia . Ni siquiera en el Auto de transformación de Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, se hace referencia al recurrente, en relación con el hecho de la construcción o promoción de las obras de El Trompo, ni por tanto al delito del art. 319 .1 del C.P..

El motivo de impugnación ha de ser desestimado.

En primer lugar, hemos de traer a colación el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010 según el cual : *“Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado”.*

En aplicación de lo dispuesto en dicho acuerdo plenario del T.S y la doctrina jurisprudencial sobre esta materia , el plazo de prescripción aplicable al caso que nos ocupa, en el que estamos en presencia de un concurso ideal de delitos, será el plazo de prescripción del delito más grave, es decir del delito de prevaricación urbanística del art. 320.2 del C.P. ( al tener una pena de inhabilitación especial de hasta 10 años ), a tenor de lo dispuesto en los arts. 13 y 33 del C.P., siendo dicho plazo de prescripción de diez años, conforme a lo establecido en el art. 131.1 del C.P..

Dicho esto, por auto de 18 de abril de 2009, el Juzgado de Instrucción nº 2 de La Orotava acordó recibir declaración en calidad de imputado al recurrente, lo que se llevó a efecto el 4 de noviembre de 2010 ( al folio 1220 obra unida providencia acordando el señalamiento de la declaración en calidad de imputado, al folio 1228 obra cédula de citación del imputado, si bien





la transcripción de la declaración que fue grabada por medios audiovisuales se realizó, el 21 de febrero de 2011- folio 1284). En la fecha en que el recurrente prestó declaración en calidad de imputado, previa información de los derecho del art. 118 de la L.E.Criminal, sobre los hechos objeto de investigación, aún no habían transcurrido diez años desde la fecha del Decreto de 11 de octubre de 2002, mediante el cual el recurrente legalizó la obra, la cual continuó su ejecución a partir de dicha resolución.

De otra parte, el recurrente en su declaración en calidad de imputado ante el juzgado de instrucción el 4 de noviembre de 2010 , fue interrogado sobre la construcción del centro comercial El Trompo, las circunstancias relativas al expediente de legalización de las obras y su intervención en el mismo, lo que en definitiva constituyen los hechos que le fueron imputados, recogidos en el auto por el que se acordó la continuación de las Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado de fecha 13 de febrero de 2013 ( al folio 1518 de las actuaciones ) con independencia de su calificación jurídica, y el escrito de calificación provisional formulado por el Ministerio Fiscal y elevado a definitivo en el juicio oral.

**DECIMOSÉPTIMO.-** En relación al motivo de impugnación relativo a inaplicación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, la parte recurrente se basa, en síntesis, en que la sentencia impugnada señala que su representado no prestó declaración hasta el 4 de noviembre de 2010, fecha a partir de la cual se entiende que el procedimiento se ha dirigido contra él, apreciando la atenuante simple de dilaciones indebidas, pese a que se inició el procedimiento por auto de 19 de agosto de 2002. Así mismo la sentencia argumenta que los acusados han pretendido retrasar la causa, con peticiones de sobreseimiento libre y la interposición de recursos. La apelante entiende que no parece justificado negar la cualificación de la atenuante, por haber sido interpuestos recursos que están legalmente previstos, más aún, cuando éstos operan en un solo efecto y la instrucción no tenía que haberse suspendido. De hecho, el último recurso interpuesto, fue resuelto en el acto del juicio oral. Tampoco cabe negar la cualificación de la atenuante por la complejidad de la causa .

El motivo de impugnación ha de ser desestimado.

La sentencia impugnada justifica la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas respecto a los tres encartados, basándose en argumentos comunes para los tres encartados, en concreto el tiempo transcurrido desde el inicio de la causa hasta la fecha de la sentencia (12/8/2016), 14 años; la actitud procesal de los encartados, quienes han pretendido retrasar la causa, con continuas peticiones de sobreseimiento libre, como las obrantes desde el folio 1237, de 21 de diciembre de 2010, que es reiterada en el folio 1304, hasta la resolución del recurso de apelación frente al auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado (folios 1754 a 1769), dictado en el año 2015 e interposiciones de recursos; así como el tiempo que cada uno de los encartados se ha visto sujeto al procedimiento, en concreto D. Isaac Valencia Domínguez, así como D. Juan Carlos de Tomás Martí, desde el 4 de noviembre de 2010, fecha en la que prestaron declaración ante el juzgado de instrucción (a diferencia de ellos, el encartado D. Ambrosio Jiménez Quintana, la prestó en el año 2006). Y el juzgador a quo razona que procede imponer la pena en un grado menos, respecto del encartado D. Ambrosio Jiménez Quintana, atendiendo a que se ha visto sujeto al procedimiento durante unos 10 años; y la pena en su mitad inferior, a los encartados, D. Isaac Valencia Domínguez y D. Juan Carlos de Tomás Martí, por haber estado sujetos al procedimiento durante menos de 6 años.





El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas , que aparece expresamente en el *artículo 24.2* de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El *artículo 6.1 del Convenio* para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales, para lo cual es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al *artículo 6.1 del Convenio*, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

En el caso, es cierto que, tal y como razona el juzgador a quo, la actitud de los encartados solicitando reiteradamente el sobreseimiento de la causa e interponiendo los recursos legalmente establecidos, ha supuesto un retraso en la tramitación del procedimiento, si bien la causa de éste no ha sido imputable exclusivamente a los recurrentes y a una actuación de las partes obstaculizadora de la tramitación del procedimiento, tratándose, en todo caso, de un período de tramitación excesivo, desde su incoación por auto de 19 de agosto de 2002, hasta la celebración del juicio oral en junio de 2016. No obstante, siguiendo la doctrinal jurisprudencial expuesta, ha de tenerse en cuenta que el encartado D. Ambrosio Jiménez Quintana, se ha visto sujeto al procedimiento durante unos 10 años, en cambio los encartados, D. Isaac Valencia Domínguez y D. Juan Carlos de Tomás Martí, han estado sujetos al procedimiento durante menos de 6 años, desde su declaración sumarial ante el juzgado de instrucción en noviembre de 2010, hasta la celebración del juicio oral el 16 de junio de 2016, lo que justifica que en relación a los dos últimos, se aprecie la atenuante de dilaciones indebidas como simple, no existiendo motivos para revisar el razonamiento del juzgado de lo penal en la sentencia impugnada.

**DECIMOCTAVO.-** Finalmente, por lo que a los efectos penalógicos de los delitos de los que resultó responsable el recurrente, la sentencia impugnada impone las siguientes penas: por el delito de prevaricación urbanística, las penas de 1 año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público de una administración general, autonómica, regional o local por tiempo de 8 años, y por el delito contra la ordenación del territorio, las penas de prisión de 1 año, e





inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 14 meses con cuota diaria de 10 euros, e inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 1 año.

Esta Sala entiende que tales penas resultan desproporcionadas en atención a las circunstancias concretas de la construcción legalizada por el encartado, contraviniendo la normativa urbanística y de planeamiento en vigor, un centro comercial ubicado en las proximidades de una vía de comunicación y de un polígono industrial y de servicios, que determina que el perjuicio causado a los intereses urbanísticos, excluya la gravedad que justificaría la imposición de la pena de prisión por el delito de prevaricación ( la cual ni siquiera está prevista en el tipo penal de la prevaricación ordinaria del art. 404 del C.P.) y la imposición de penas, que excedan de la extensión mínima legal prevista en los dos tipos penales por lo que resultó condenado el recurrente, concurriendo además, la atenuante simple de dilaciones indebidas ( art. 66.1.2ª del C.P.), lo que nos lleva a revisar las penas que le fueron impuestas en la sentencia impugnada, por cada uno de los dos delitos por los que resultó condenado, en el sentido de imponer las siguientes penas:

-Por el delito del art. 319.1 del C.P. , prisión de 6 meses con la accesoria de inhabilitación especial, para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C.P. en caso de impago.

Respecto a la pena de inhabilitación, el art. 45 del C.P. señala que «la inhabilitación especial para profesión, oficio , industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena “. La sentencia impugnada impuso la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción, debiendo haber precisado con mayor concreción, la profesión u oficio que ha de comprender la inhabilitación especial que impuso, por lo que en virtud del principio de legalidad y en base a los razonamientos antes expuestos sobre las circunstancias del caso, se ha de imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de actividad de carácter profesional, de construcción o edificación, por tiempo de 6 meses .

-Por el delito del art. 320.2 del C.P., las penas multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C.P. en caso de impago; e inhabilitación especial para todo cargo o empleo público, sea de una administración general, autonómica, regional o local, por tiempo de 7 años .

En atención a la naturaleza y extensión de las penas impuestas en esta instancia, resulta más favorable la aplicación de la regla penalógica del art. 77.3. del C.P. .

En consecuencia, ha de estimarse parcialmente el recurso.

#### **RECURSO DE D. JUAN CARLOS DE TOMÁS MARTÍ .-**

**DECIMONOVENO.-** Los motivos sobre los que se articula el recurso de apelación planteado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refieren:





1.- En primer lugar, a las cuestiones previas que planteadas por el recurrente que el juez de la penal desestimó en la sentencia impugnada, relativas a la inaplicación de la prescripción del delito contra la ordenación del territorio por el que resultó condenado el apelante; a la infracción del principio acusatorio, al amparo del art. 852 de la L. E.Criminal y la vulneración de un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la C.E.; a la inexistencia de concurso medial de delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística ; y nulidad de las actuaciones por vulneración del art. 24.2 de la C.E., en relación con el art. 748 de la L. E.Criminal.

2.- Error en la apreciación de la prueba, con impugnación de los hechos declarados probados e infracción de las normas de ordenamiento jurídico por indebida aplicación de los arts 319 y 320 del C.P..

3.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la inaplicación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del art. 21.6 del C.P..

4.- Vulneración del derecho al honor, imagen e intimidad personal del recurrente y de su letrado, por infracción de los arts. 18.1 y 20.1 de la C.E. así como del art. 77 de la L.O. 1/1982 de 5 de mayo.

Y solicita se dicte sentencia por la que estimando el recurso, se acuerde revocar la sentencia apelada o su anulación por quebrantamiento de una norma esencial del procedimiento, ordenando reponer las actuaciones a la diligencias de ordenación dictada en fecha 8/9/2015 ; o en caso de no estimarse dicha nulidad, se decrete la libre absolución del recurrente por no ser los hechos denunciados constitutivos de delito alguno. Y si no fuere procedente la libre absolución, subsidiariamente se revoque la sentencia acogiendo cualesquiera de los restante motivos que en orden a la prescripción del delito contra la ordenación del territorio, y a la no aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada, pudiera resultar procedente. Y en todo caso, se revoque la sentencia en lo relativo a la vulneración del derecho al honor del letrado que suscribe , con los pronunciamientos favorables y declaración de costas de oficio.

Al amparo del art. 790 y siguientes de la L. E.Criminal la parte recurrente propone prueba documental, que se aporta consistentes en informe de fecha 3 de octubre de 2016, emitido por la oficina técnica municipal del Ayuntamiento de La Orotava, acreditativa del modo de proceder a la hora de enumerar, los informes obrantes en un expediente administrativo , informe suscrito por el arquitecto D. Fernando Hernández García .

**VIGÉSIMO.-** En cuanto a la prueba documental propuesta en esta segunda instancia,ha de ser admitida acordando su unión a las actuaciones, al cumplir los requisitos previstos legalmente en el art. 790.3 de la L. E.Criminal, puesto que no ha podido ser propuesta en primera instancia, siendo consecuencia del fallo de la sentencia impugnada, sin perjuicio de su valor probatorio y de la resolución que adopte este Tribunal sobre el último motivo de impugnación en el que se basa el recurso planteado.

**VIGESIMOPRIMERO.-** Hemos de referirnos en primer lugar al motivo de nulidad invocado por la parte recurrente, relativo a la vulneración del derecho del art. 24.2 de la C.E. en relación con el art. 748 de la L.E.Criminal, por no haberle dado traslado de toda la causa, basándose en que por diligencia de ordenación de 8 de septiembre de 2015, notificada a la parte recurrente el 10 de septiembre de 2015, se acordó dar traslado de las actuaciones a esta parte, a fin de





evacuar el trámite del art. 784 de la LE.Criminal , esto es, presentar escrito de defensa en el plazo de diez días, el cual finalizaba el 24 de septiembre de 2015. Sin embargo, no se procedió a dar traslado de toda la causa a la parte recurrente, y menos tras la sustitución del nuevo letrado, en el momento procesal oportuno, impidiendo tener conocimiento de todas las actuaciones y de los documentos obrantes en él y del contenido de las declaraciones incorporadas mediante grabaciones. El traslado de las actuaciones se produjo de la siguiente forma: el 17 de septiembre de 2015, se procedió a la entrega al procurador del recurrente del Tomo I ; el 18 de septiembre de 2015, se devolvió por dicho procurador el Tomo I y se entregó por el juzgado el Tomo II y así sucesivamente se entregó al procurador del recurrente los cinco tomos que integran la causa, produciéndose la última entrega, el 23 de septiembre de 2015 . El letrado de esa parte, habiendo recibido tan solo el primero de los tomos que componían la causa, el 17 de septiembre de 2015 procedió a la presentación de escrito solicitando suspensión del plazo de diez días otorgado para presentar escrito de defensa, al no haberle sido entregadas las actuaciones, para defender a su representado con todas las garantías y no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. El Juzgado de Instrucción n º2 de La Orotava acordó no decretar la suspensión del plazo por providencia de fecha 21 de septiembre de 2015, al entender que el procurador del recurrente disponía de las actuaciones al estar personado desde diciembre de 2010. Ello se agravó con la sustitución del letrado anterior por designación de un nuevo letrado, el día 30 de diciembre de 2014 .

Con el fin de no perjudicar el derecho de defensa, se presentó escrito de defensa en fecha 24 de septiembre de 2015, haciendo mención expresa a que se presentaba a los efectos de no perjudicar o dejar precluir el trámite y plazo concedido, y limitándose a negar la imputación de hechos formulada por el Ministerio Fiscal y copiar la prueba de éste, vulnerándose el derecho a un proceso con las debidas garantías y a evitar la indefensión , ex art. 24 de la C.E..

Esta parte interpuso recurso de reforma contra la providencia de 21 de septiembre de 2015, solicitando se diera traslado a la parte recurrente mediante copia o entrega de originales debidamente foliados de la causa . Dicha recurso de reforma fue desestimado por providencia de 28 de septiembre de 2015.

Remitidas las actuaciones al juzgado de lo penal, la parte recurrente reiteró la vulneración del un derecho constitucional , pues se solicitó tan solo el aplazamiento por diez días para conocer la causa con exactitud y formular escrito de defensa. Y se solicitó en el juzgado de lo penal, la entrega de una pieza de convicción que llegó tardíamente a este juzgado, que no fue entregada en fase de instrucción y contenía documentos y discos con las grabaciones de imputados, testigos, etc . . Dado su volumen era necesaria la entrega a las partes para su estudio y análisis de forma detenida. No entregándose tales piezas de convicción a la parte recurrente antes de evacuar su escrito de defensa, lo que constituye un vicio de nulidad, con independencia de la importancia que una vez vista dicha pieza, pudiera tener su contenido para la defensa de su representado .

El juzgado de lo penal decidió celebrar la vista del juicio oral, pese a todo ello y reconocer las irregularidades , vulnerando el derecho a valer de los medios de prueba pertinentes.

Tal y como señala el juzgador a quo en la sentencia impugnada, obra en las actuaciones que el 23 de septiembre de 2015 la defensa del recurrente interpone recurso de reforma contra la





providencia de 21 de septiembre de 2015. El 24 de septiembre de 2015 se presentó escrito de defensa, haciendo constar que no dispone de toda la documentación para la adecuada defensa de sus intereses. El 28 de septiembre de 2015, se dictó providencia por la que se acuerda la remisión del procedimiento al juzgado de lo penal, indicando que el recurso de 23 de septiembre de 2015, carece de objeto al haberse presentado ya el escrito de defensa. El 2 de octubre de 2015, la defensa del recurrente interpuso recurso de reforma, frente a la providencia de 28 de septiembre de 2015. Dicho recurso no fue admitido a trámite, al tratarse de una resolución no recurrible en reforma.

El juzgador de lo penal rechazó la petición de nulidad efectuada, argumentando que la defensa de D. Juan Carlos Martí sí había tenido la causa a su disposición, tanto en el juzgado de instrucción como en el juzgado de lo penal, facilitándosele el acceso a todos los tomos y a toda la documentación en todo momento. Así, consta en la causa que D. Juan Porfirio Hernández Arroyo, procurador de D. Juan Carlos de Tomás, retiró los tomos de la presente causa, quedando reflejada esta circunstancia mediante diligencia de constancia a los folios 1819, 1820, 1827, 1828, 1831 y 1832. Además el 5 de enero de 2015, el actual abogado de D. Juan Carlos de Tomás (folios 1563 y ss), solicitó el sobreseimiento y archivo de la causa respecto de su defendido. Y desde el año 2010 (folio 1237), consta que el procurador D. Juan Porfirio Hernández Arroyo, representaba al encartado D. Juan Carlos de Tomás y como tal tenía acceso a todo el procedimiento. Señala el juzgado de lo penal, que en ningún momento se ha impedido al abogado de D. Juan Carlos de Tomás, el acceso al procedimiento, ni a nadie de su despacho. Las actuaciones se encuentran completamente foliadas, salvo aquellos documentos de la pieza documental que por su naturaleza, principalmente planos, no se pueden foliar. Ahora bien, estos planos se encuentran perfectamente identificados, separados en cajas y a disposición de las partes. Del mismo modo, y dadas las limitaciones técnicas, no se disponía en el juzgado de aparatos para poder fotocopiar dichos planos, pero éstos se han podido consultar en la sede del juzgado, se les ha permitido sacar fotos e igualmente, se ha permitido que se pudieran llevar consigo dichos planos siempre quedando sujetos, eso sí, a la salvaguarda de la integridad y debida custodia de la causa. Además la parte ha tenido acceso a todo el procedimiento, se le ha dado traslado en instrucción, a través de su procurador, ha presentado escrito de defensa, en el que ha propuesto prueba, aunque ésta sea la misma que el Ministerio Fiscal. Además, en el juzgado de refuerzo siempre ha tenido acceso al procedimiento y, en fase de cuestiones previas, se ha admitido toda la prueba documental y pericial aportada, como prevé la Ley. Es más, la parte presentó un informe pericial en el acto del juicio oral.

El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E. implica, entre sus múltiples manifestaciones, no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos, sino también un ajustado sistema de garantías para las partes, entre las que se encuentra el adecuado ejercicio del derecho de defensa, para que puedan hacer valer en el proceso sus derechos e intereses legítimos. Para la realización efectiva del derecho de defensa en todas y cada una de las instancias legalmente previstas, adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos establecidos en la Ley. En ese sentido, según la STC 178/91, la prohibición constitucional a la indefensión reclama un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional para preservar los derechos de las partes, cuestión que se agudiza en el proceso penal, por cuanto el mencionado derecho tiene como finalidad objetiva la protección de los principios de igualdad





de las partes y de contradicción, que eviten desequilibrios en las respectivas posiciones procesales o limitaciones del derecho de defensa que puedan causar como resultado indefensión. Consiguientemente corresponde a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, de que posean idénticas posibilidades de alegar y probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen ( SSTC 226/1988 , 162/1993).

El Tribunal Supremo en su Sentencia nº 2008/2002 de fecha: 03/12/2002 fundamentó lo siguiente: "La Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 238 , dispone que los actos judiciales serán nulos de pleno derecho (...) 3º Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley (...) siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

El Tribunal Constitucional (sentencia 109/2002, de 6 de junio ) entiende que se produce indefensión constitucionalmente relevante cuando "con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, produciendo un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (...). Por tal razón, sólo cabe otorgar relevancia constitucional a aquélla que resulta efectiva, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso...".

Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado en SSTC 112/87 , 151/87 y 237/88, entre otras, que uno de los requisitos para poder apreciar la existencia de una indefensión prohibida constitucionalmente, lo constituye el hecho de que la misma no sea imputable al justiciable; igualmente es necesario que el supuesto quebrantamiento de las normas procesales haya causado una indefensión material y efectiva y no solo de carácter formal. Razona que una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento sólo alcanza relevancia constitucional cuando produzca un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien la denuncie, cuya argumentación es una carga procesal del recurrente en amparo.

Según reiterada doctrina de este Tribunal, para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que "tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales", es decir, "que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defiendan" ( SSTC 260/2005, de 24 de octubre , FJ 3 , y 287/2005, de 7 de noviembre , FJ 2 , entre otras). De forma que cuando "la indefensión material resulte imputable a la propia conducta de la parte, por falta de la suficiente diligencia procesal, concretada en una voluntaria actuación desafortunada, la indefensión aducida resulta absolutamente irrelevante a efectos constitucionales" ( STC 190/1997, de 10 de noviembre , FJ 4).".

Partiendo de las propias alegaciones de la parte recurrente, estamos ante una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento, sin que conste que se haya producido





un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa del recurrente, pues el procurador de los tribunales, D. Juan Porfirio Hernández Arroyo, ostentaba la representación procesal de aquél desde el año 2010 (folio 1237), teniendo a su disposición de las actuaciones y siéndole notificadas las resoluciones dictadas en la causa. Fue por diligencia de ordenación de 8 de septiembre de 2015, notificada el 10 de septiembre de 2015, cuando se acordó dar traslado de las actuaciones a esa parte, a fin de evacuar el trámite del art. 784 de la L.E.Criminal, trámite que se evacuó presentando el correspondiente escrito de defensa el 24 de septiembre de 2015. La parte recurrente no ha concretado cuáles han sido los perjuicios reales causados por la denegación de la suspensión del plazo de diez días, concedido para evacuar el trámite del art. 784 de la L.E.Criminal y por el acceso tardío a las piezas de convicción indicadas; y cuáles han sido los medios probatorios de los cuales se ha visto privado, como consecuencia de dichas irregularidades procesales. En cambio, consta en las actuaciones, como señala la sentencia impugnada, que la parte recurrente propuso los medios probatorios que estimó oportunos para su defensa en el acto del juicio oral, conforme al art. 786.2 de la L.E.Criminal, los cuales fueron admitidos por el juzgado de lo penal y practicados en el juicio oral.

En consecuencia, el motivo de nulidad invocado ha de ser desestimado, pues no ha resultado infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, ni consta se haya causado una real y efectiva indefensión a la parte recurrente.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** En cuanto a la prescripción del delito contra la ordenación del territorio por el que resultó condenado el apelante, señala la parte recurrente que son tres los motivos por los que se debe revocar la sentencia impugnada al entender prescrito dicho tipo penal:

a) El transcurso del plazo de prescripción : partiendo de que el dies a quo del plazo de prescripción será la fecha de finalización de la obra, que el juzgado fija en la fecha del certificado final de obra, 2 de diciembre de 2004 ; y el dies ad quem, coincide con la fecha en que el procedimiento se dirigió contra el recurrente, por primera vez, es decir el 2 de noviembre de 2010 ( declaración en calidad de imputado), fecha en la que habían transcurrido más de seis años, ininterrumpidos desde la finalización de la obra, habiendo prescrito en delito contra la ordenación del territorio. Incluso el 5 de junio de 2010, cuando el Ministerio Fiscal, por primera vez, interesó la continuación del procedimiento contra el recurrente, había transcurrido el plazo de prescripción .

b) Infracción del principio acusatorio al amparo del art. 852 de la L.E. Criminal y la vulneración de un derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la C.E. , que en su caso habría de llevar a la nulidad de lo acordado. La parte recurrente se refiere, en síntesis, a que la sentencia impugnada condena al recurrente por un concurso medial de delitos, por el que no formularon acusación las acusaciones pública, ni particular, vulnerándose el principio acusatorio, reflejo del derecho a que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que no haya podido defenderse, como ocurrió en este caso. Las acusaciones acusaron por ambos delitos individualmente considerados. En consecuencia, solicita la revocación de la sentencia impugnada en relación a la desestimación de la prescripción del delito contra la ordenación del territorio, pues se aplicó la regla conforme a la cual en los supuestos de concurso de delitos, resultan de aplicación los plazos de prescripción del delito más grave, pues de hacerse así, se estaría vulnerado el principio acusatorio que conllevaría la nulidad de lo acordado.





c) La inexistencia de concurso medial de delito: la parte recurrente argumenta que si como se pretende en la sentencia, existió delito contra la ordenación del territorio, caracterizado por el hecho de iniciar una construcción sobre suelo rústico según el P.G.O.U. vigente en dicho momento, actuación únicamente realizada por el promotor, pues se hace sin licencia, lo cierto es que en dicho momento el daño al interés público, de ser correcta la argumentación de hechos probados de la sentencia impugnada, ya había sido causado sin intervención del recurrente, D. Juan Carlos de Tomás Martí. La parte apelante no comparte el criterio del juzgador a quo, según el cual el encartado Sr. de Tomás ha tenido una implicación relevante en la ejecución del segundo cometido. El recurrente no fue autor de dicha construcción y ninguna actuación desplegó en orden a facilitar, auxiliar o cooperar activamente en ella. Cuando el daño estaba causado, los técnicos municipales y funcionarios públicos ordenaron, tras recabar los informes pertinentes, la suspensión de la obra y su remisión a un expediente de legalización. En el momento en que se cometió el delito y se causó el daño, año 2001, es evidente que no concurría el requisito o condición de promotor, constructor u otro carácter profesional en la persona del recurrente D. Juan Carlos de Tomás.

En este caso, el Ministerio Fiscal y el resto de acusaciones, formularon acusación contra el recurrente, D. Juan Carlos de Tomás, por un delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 del C.P. y un delito contra la ordenación del territorio del art. 319, 1, 2 y 3 del C.P. .

La sentencia impugnada condena al recurrente como autor criminalmente responsable de delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal, en concurso medial con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal, a penar por separado de conformidad con el art. 77.3 del Código Penal, razonando en su fundamento de derecho séptimo que es cooperador necesario del delito contra la ordenación del territorio.

Aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en Sentencias 17/1988 ) 168/1990 ,47/1991 ( RTC 1991, 47), y STS 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994 , ha consagrado una constante doctrina que reflejada, entre otras, en resoluciones de esa Sala de 14 febrero 1995, 14 marzo ,29 abril y 4 de noviembre de 1996, 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 ( RCL 1978, 2836) 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

En el mismo sentido, destacando nuevamente la necesidad de conocer la acusación para evitar la indefensión, esta Sala ha señalado en STS núm. 1954/2002, de 29 de enero ( RJ 2003, 2019), que «el contenido propio del principio acusatorio consiste en que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria».





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 al principio acusatorio, en cuanto el Tribunal invade las funciones del 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 y 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.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ya señaló en la STC núm. 225/1997, de 15 de diciembre ( RTC 1997, 225), que «so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos «y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo ( STC 104/1986 [ RTC 1986, 104], recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso» ( STC 10/1988 [ RTC 1988, 10], fundamento jurídico 2). En este sentido, «el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación» que en la acusación se verifique ( STC 11/1992 [ RTC 1992, 11], fundamento jurídico 3)».





Así las cosas, no cabe duda, el ideal acusatorio demanda que los términos de la imputación gocen del máximo de claridad para cada implicado desde el inicio de la causa. Pero, en todo caso, existe un momento límite, el de la formulación de las conclusiones definitivas, a partir del cual resulta inadmisibles cualquier oscuridad o falta de concreción al respecto, de modo que la propia ley, para el supuesto de que las acusaciones hubieran introducido en ese trámite algún factor de novedad, prevé la suspensión de la vista, para que la defensa pueda preparar las alegaciones eventualmente demandadas por la nueva situación e incluso aportar elementos probatorios de descargo ( art. 788,4º Lecrim (LEG 1882, 16) )

En este caso, en el escrito de conclusiones provisionales, elevado a definitivas, el Ministerio Fiscal , ya atribuía al recurrente D. Juan Carlos de Tomás, secretario general del Ayuntamiento de La Orotava, el hecho de que informó favorablemente la concesión de licencia de legalización de la obra de construcción del edificio El Trompo, pese a conocer que, dada la naturaleza del suelo y usos permitidos, el edificio multiusos de que se trataba, era incompatible con la normativa urbanística en vigor . Tras recabar informes del equipo redactor del documento de Revisión del Plan General de Ordenación e informe técnico emitido por el aparejador municipal con el visto bueno del arquitecto municipal, que se limitaron a constatar en su informe de 10 de octubre de 2002, una serie de incumplimientos e informar sobre la clasificación y categorización del suelo , conforme al planteamiento vigente en aquella fecha ( rústico potencialmente productivo), así como informe jurídico emitido por un asesor externo ( Luciano Parejo), D. Juan Carlos de Tomás, elevó el 11 de octubre de 2002 propuesta favorable a la legalización de las obras del edificio multiusos en suelo rústico potencialmente productivo. No habiendo esperado a la culminación del proceso legalmente establecido para la modificación de la normativa, Plan General que ya se había iniciado , y a lo largo de cuya tramitación pudieron haberse alterado aspectos sustanciales de los parámetros urbanísticos aplicables al edificio en cuestión. También se relata en el escrito de acusación, que el centro comercial El Trompo se levantó en una parcela de 27.624,70 metros cuadrados, clasificado y calificados como suelo rústico potencialmente productivo por el P.G.O.U de 1990, salvo una pequeña parte de 3290, 5 metros cuadrados clasificados y calificados de zona verde, viales por el Plan Parcial Las Arenas de 2000, por lo que en el momento de la construcción, no estaba permitida por el planeamiento la edificación en dicha parcela por ser rústica y por invadir zonas verdes y viales . Y que el recurrente . D. Juan Carlos de Tomás, informó favorable la concesión de licencia de legalización de la obra otorgada por el alcalde, pese a que el proyecto incluía una zona destinada a garajes colectivos que obligaba a tramitar con carácter previo, licencia de instalación de la actividad de garajes, conforme a la legislación vigente.

Atendiendo a los pasajes indicados del escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal , éste goza de la claridad suficiente para que el recurrente pudiera formar criterio acerca del verdadero alcance de la conducta reprochada, que ha dado lugar a la condena por delitos contra la ordenación del territorio y prevaricación urbanística, por los que se formuló acusación el Ministerio Fiscal y el resto de acusaciones contra el recurrente, si bien en concurso real, que no medial como apreció la sentencia impugnada, pero que en todo caso no supone una alteración sustancial y relevante de la calificación jurídica, que a efectos penológicos, incluso podría resultar más beneficiosa a tenor del art. 77.2 y 3 del C.P. vigente en la fecha de los hechos. Aunque como será expuestos entendemos que estamos ante una concurso ideal.

En consecuencia, esta Sala no considera que concurra motivo de nulidad por infracción de 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 .

De otra parte, otra de las razones por las que no ha de prosperar el motivo de impugnación alegado por la parte recurrente, se refiere a que para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la sentencia, y no el correspondiente a calificaciones agravadas que hayan sido de acusación y hayan sido rechazada por el órgano sentenciador. En este caso, el juzgado de lo penal condenó al recurrente por un delito de prevaricación en concurso medial con un delito contra la ordenación del territorio, debiendo tomarse en consideración, a los efectos de la prescripción del delito, el delito más grave declarado cometido por el tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado ( Acuerdo del Pleno Sala 2ª TS 26 de octubre de 2010).

La jurisprudencia del TS 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 TS, 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 ( STS de 6 de mayo de 2004).

En aplicación de lo dispuesto en el acuerdo plenario de la Sala Segunda del T.S y la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, el plazo de prescripción aplicable al caso que nos ocupa, en el que estamos en presencia de un concurso de delitos, ya fuera medial como razona el juzgador a quo en la sentencia apelada, o ideal como entiende esta Sala, será el plazo de prescripción del delito más grave, es decir del delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 del C.P. ( al tener una pena de inhabilitación especial de hasta 10 años ), a tenor de lo dispuesto en los arts. 13 y 33 del C.P., siendo dicho plazo de prescripción de diez años, conforme a lo establecido en el art. 131.1 del C.P.. Dicho esto, por auto de 18 de abril de 2009 ( al folio 960), el Juzgado de Instrucción nº 2 de La Orotava acordó recibir declaración en calidad de imputado al recurrente, lo que se llevó a efecto el 2 de noviembre de 2010 ( al folio 1220 obra unida providencia acordando el señalamiento de la declaración en calidad de imputado, al folio 1228 obra cédula de citación del imputado, si bien la transcripción de la declaración que fue grabada por medios audiovisuales se realizó, el 21 de febrero de 2011- folio 1269). En la fecha en que el recurrente prestó declaración en calidad de imputado, previa información de los derechos del art. 118 de la L.E.Criminal, sobre los hechos objeto de investigación, aún no





habían transcurrido diez años desde la fecha de la propuesta favorable a la legalización de las obras del edificio multiusos El Trompo ( 11 de octubre de 2002), así como tampoco había transcurrido dicho plazo desde la fecha de finalización de las obras, fijada en la sentencia apelada el 2 de diciembre de 2004, fecha del certificado final de obra.

En consecuencia, el motivo de impugnación ha de ser desestimado, no apreciando la prescripción de los delitos por los que resultó condenado en la sentencia impugnada.

Aquellas alegaciones de la parte apelante que cuestionan la condena del encartado D. Juan Carlos de Tomás por un delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1 del C.P. ., negando su intervención en el inicio de la obra litigiosa y por tanto en la causación del daño al interés público, así como su condición de promotor de la misma, nos llevaría al análisis de los motivos de impugnación de fondo planteados, a los que nos referiremos más adelante, sobre la subsunción de la conducta del recurrente en el tipo penal del art. 319.1 del C.P. por el que resultó condenado.

Tan solo hemos de decir, que esta Sala no comparte el criterio expuesto por la parte la recurrente en relación a que el momento en que se cometió el delito y se causó el daño al interés público, fue cuando se inició la obra en el año 2001, pues hemos de recordar , como ya ha sido puesto de manifiesto en esta sentencia que en los delitos contra la ordenación del territorio del art. 319 del Código Penal, ya sean configurados como delitos de carácter permanente o de tracto sucesivo, no instantáneo, o de delito continuado, tal y como tiene declarado el T.S., 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.

**VIGESIMOTERCERO.-** La defensa del recurrente formula motivo de impugnación en base a alegaciones, que pudieran encuadrarse en error en la apreciación de la prueba, impugnando los hechos declarados probados en la sentencia apelada.

Combate la parte recurrente la valoración realizada por el juzgador a quo del dictamen pericial de D. Luciano Parejo, realizando afirmaciones con las que se muestra disconforme, tales como: 1.- la urbanización no convierte por sí misma el suelo en urbano, a pesar de los cambios jurídico y fáctico que provoca , criterio que no comparte la parte recurrente, quien invoca lo que el T.S ha definido como normatividad de lo fáctico. 2. La transformación por la urbanización no puede operar al margen del planeamiento, y la realidad puede ser la que sea, pero para que tenga relevancia jurídica es preciso que se asuma formalmente por el planeamiento; 3. la apreciación de que todo el suelo objeto de construcción era urbano implica un condicionamiento indebido de la potestad de planeamiento -impidiendo además, la restitución de la realidad a su estado originario-, pues éste podía haber determinado la dedicación de parte del mismo a zona verde o a vial, cuando según alega la parte recurrente, que el suelo sea urbano nada tiene ver con que puede dedicarse a un determinado uso , publico o privado, y que tal razonamiento no viene al caso, pues la cuestión no es cual podría ser en el futuro la situación jurídica-urbanística, sino cual era dicha situación en el momento temporal de la legalización; y 4º señala el juzgador que la construcción se realizó en zona





verde y suelo rústico potencialmente productivo, con lo que muestra disconforme la parte apelante , en base al informe del perito Sr. Anadón.

De otra parte, alega la parte recurrente en lo que denomina “ hecho no declarados probados en la sentencia “ que el juzgador a quo no ha tenido en cuenta en la declaración de hechos probados de la sentencia apelada, la documentación obrante en autos, que acredita la legalidad de la transformación real del suelo operada por mor de la urbanización y por la cooperación interadministrativa, así como la legalidad de la actuación del recurrente . Así, señala la parte apelante :

1.- El encartado Sr. De Tomás , en su condición de Secretario de Carrera del Ayuntamiento de la Orotava, adoptó todas las medidas legalmente procedentes establecidas en la legislación vigente, al informar, proponer y fedatar el Decreto que ordenó al suspensión de la actividad edificatoria denunciada, sobre la que versan los expedientes de infracción urbanística 234/2001 y 129/2002: consistentes en informe jurídico de 3 de mayo de 2002, rubricado por la jefa de área de edificación y disciplina urbanística y firmado por el secretario de la corporación ( folio 1577 a 1580 ) y Decreto de fecha 7 de mayo de 2002 por el que se ordenó la medida cautelar de mantenimiento de la suspensión de la actividad edificatoria ( folios 1581 a 1581). Dicha intervención fue ajustada a derecho y ratificada por la sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº2 de esta capital en el procedimiento Ordinario 307/2004 ( folio 594)

2.- Expediente de Cooperación interadministrativa incoados y tramitados : expediente de cooperación interadministrativa del proyecto y estudio de impacto ambiental correspondiente a la obra, desdoblamiento con variante , carretera C 820 de Santa Cruz de Tenerife a Guía de Isora por el norte P.K. 32,9000 al 39,300, en aplicación del art. 16.1 de la Ley de Carreteras de Canarias remitiéndose a los documento 1 a 3 aportado en el acto de la vista del juicio oral; y expediente de cooperación interadministrativa : modificación del Plan Parcial del Sector 10 La Arenas, anexo a la modificación puntual del P.P. Las Arenas Sector 10. Complemento de ejecución del informe de 15 de marzo : proyecto de acceso de ordenación del tráfico al centro comercial de Las Arenas Plan Parcial del Sector 10, remitiéndose a los documentos 5 , 8, 10 y 12 aportados en el acto de la vista .

Concluyendo que el otorgamiento de la licencia municipal para la construcción de El Trompo de fecha 11 de octubre de 2002 , lo fue una vez culminado y entrados en vigor ambos procedimientos de cooperación interadministrativa, asumidos en su integridad por la Revisión del Plan General del 2004. Y que quedara acredita la intervención del Gobierno de Canarias, a través de la Consejería de Obras Públicas en los procedimientos de cooperación interadministrativa y de la Consejería de Política Territorial en el control de la legalidad y urbanística que se realiza por la COTMAC, en el pronunciamiento de fecha 22 de marzo de 2000 de conformidad con el art. 33.5 del T.R.L.O.T.E.N.C.

3.- Transformación objetiva y legal del suelo sobre el que se construyó El Trompo: la superficie del suelo sobre la que se construyó El Trompo es de 26.146 m2 según el informe del arquitecto municipal D. Fernando Hernández García de 11 de mayo de 2016 8 documento 17 aportado por el recurrente en el acto de la vista del juicio oral. Dicha superficie es la que queda vinculada a la licencia de legalización . Y en la revisión del Plan General de Ordenación Urbana a partir de 1997 se recoge la siguientes clasificación y calificación : en el avance de 30/12/1997 suelo





urbanizable, suelo urbanizable con proceso iniciado, red viaria y en la aprobación inicial de 21/3/2002 suelo urbano no consolidado por la urbanización SUNCU LAS ARENAS y suelo urbanizable sectorizado de ordenación incorporada SUSO OI LAS ARENAS .

La revisión del P.G.O.U. respondió al transcurso de las etapas fijadas en el momento de su aprobación en 1990, al imperativo de su adaptación al contenido del derecho transitorio de la Ley 9/99 de 13 de mayo a los procedimientos de cooperación interadministrativa consentidos y aprobados por el Ayuntamiento a iniciativa y prescripción legal de la Consejería de Obras Públicas del Gobierno de Canarias vigentes y en aplicación del art. 16.1 y 2 de la Ley de Carreteras de Canarias, que manda su incorporación a la Revisión del Plan General en curso.

Ha quedado acreditado que la cooperación interadministrativa y consecuentemente el contenido del Plan Parcial del Sector 10 , que entró en vigor con la publicación de la normativa de la Modificación del Plan Parcial del Sector 10 en el B.O.P. de 9 de junio de 2000 , de conformidad con el art. 16.2 de la Ley Carreteras de Canarias influyó en todo lo que ocurrió después.

La parte recurrente aportó en la vista del juicio oral documentos integrantes del proceso de modificación del Plan Parcial del Sector 10 que alega, no fueron debidamente valorados por el juzgador en la sentencia : el Convenio Urbanístico aprobado por el ayuntamiento en pleno el 29 de diciembre de 1998; dicho acuerdo plenario, documentos 5 y 10 relativo a la cooperación interadministrativa de la Consejería de Obras Públicas en el expediente de tramitación de la Modificación del Plan Parcial Sector 10; auto de 5 de mayo de 2016, dictado por la Sección 6ª de la A.P. De Santa Cruz de Tenerife en el P.A. 1446/2006.

Alega que ha resultado probado , contrariamente a lo recogido en la sentencia, que el suelo en cuestión de superficie de 26.146 m<sup>2</sup> carecía de cualquier condición de suelo rústico potencialmente productivo, ya que consta en la ortofoto de 1996 que dicha superficie fue utilizada como zona de maniobra del parque móvil de las empresas que trabajaban en la construcciones de la autopista TF 5, sirviendo las edificaciones existentes en la misma de oficinas para los equipos de dirección técnica de la propia consejería y de las empresas adjudicatarias de la construcción. Incorporándose a un proceso de abandono progresivo desde el punto de vista agrícola , que simultáneamente se vio afectado en su transformación por los procedimientos de cooperación interadministrativa , a los que se ha hecho referencia , que por imperativo legal, se convertían en ejecutivo en cuanto a la materialización de la construcción de las vías de infraestructuras y de conexión de la TF 5 con el parque comercial de la Villa de la Orotava , Sector 10 , Las Arenas. Aunando el Polígono de San Jerónimo, el Plan Parcial del Sector 10 y una superficie en forma de triángulo situada al oeste del Plan Parcial resultando ésta última ser el suelo sobre el que se levantó el edificio El Trompo . El suelo de 26.146 ,2 en este momento es suelo urbano consolidado por la urbanización, clasificación refrendada por el arquitecto técnico, jefe de la Inspección Urbanística D. Melecio Tamarón , en el plenario, al reiterar que el suelo estaba integrado en al trama urbana y por lo tanto transformado por la urbanización, además de contar con los servicios que señala el art. 50 apartado a punto 1 del T.R..L.O.T.EN.C

4.- Sobre el edificio El Trompo se han otorgado dos licencias de legalización :

a) una primera , bajo la vigencia del P.G.O.U. de 1990, licencia de legalización de obra de 11 de octubre de 2002, otorgada con posterioridad a la aprobación y entrada en vigor de los dos





procedimientos de cooperación interadministrativa tramitados en los que participa el Gobierno de Canarias, a través de la Consejería de Obras Públicas, como titular de la competencia y la Consejería de Política Territorial, cuyas resoluciones se producen en las siguientes fechas : proyecto TF 5 , 2 de febrero de 1994 y Modificación del Plan Parcial Sector 10 , publicado en el BOP el 9 de junio de 2000, a los efectos de habilitar la ejecución en los términos del art. 70.2 de la Ley de bases del Régimen Local y art. 16 .2 de la Ley de Carretera de Canarias .

Por consiguiente señala que la licencia otorgada estaba vinculada por los efectos de la cooperación interadministrativa aprobada y vigente , y consecuentemente con el mandato directo de ser recepcionadas sus determinaciones en la Revisión del Plan General en tramitación para culminar la protección y reconocimiento, tanto de los intereses regionales, municipales como de promotor afectado en el Plan Parcial.

Dada la complejidad del procedimiento de otorgamiento de la licencia se incorporaron al mismo los siguientes informes, con la finalidad de eliminar cualquier duda sobre la viabilidad de la concesión de la licencia: informe del Inspector de Disciplina Urbanística de 30 de julio de 2002 D. Melecio Tamajón Hernández sobre la consolidación del suelo afectado como suelo urbano consolidado por la urbanización, informe inicial de evaluación del Secretario General de 2 de septiembre de 2002 a petición del Concejal Delgado del Alcalde con competencia en materia de urbanismo , dictamen del Catedrático de Derecho Urbanístico D. Luciano Parejo, informe del equipo redactor de la Revisión del Plan General de 7 de octubre de 2002, informe de la oficina técnica municipal de 10 de octubre de 2002 e informe jurídico con propuesta de resolución , de conformidad con lo establecido en el art. 175 del R.O.F. emitido por el Secretario General de la corporación de 11 de octubre de 2002.

b) Licencia de legalización otorgada el 14 de diciembre de 2005 , concedida por el Alcalde Accidental D. Juan Dóniz Dóniz , previo informe jurídico de la Jefatura del Área de Urbanismo de 9 de diciembre de 2005 , así como el otorgamiento de licencia de primera ocupación de forma secuencial hasta la acreditación del total cumplimiento de las obligaciones que derivan de la clasificación del suelo como suelo urbano no consolidado por la urbanización. A esta segunda licencia le es de aplicación la Revisión del Plan General del 2004 , en vigor el 16 de julio de 2004.

Concluye la recurrente que ninguna ilegalidad, arbitrariedad o acto ilícito se ha cometido.

5.- Primera ocupación y cumplimiento de las obligaciones inherentes derivadas del Convenio de Gestión Urbanística de la Unidad de Actuación Las Arenas , de acuerdo con el Plan General Revisado y vigente del 2004 : se ejecutó de acuerdo a las disposiciones complementarias establecidas al efecto por el Reglamento de Desarrollo de la Ley Hipotecaria, con referencia a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de contenido urbanístico atendiendo a la urbanización y construcción existente, lo que se acreditó con la documentación aportada en las actuaciones : certificación de la Secretaria Accidental acreditativa de la ejecución forma de cesiones obligatorias, informe del arquitecto municipal acreditativa del cumplimiento de las superficies y estándares establecidos en el planeamiento vigente sobre cesiones de espacios libres público y viario público, certificación de alineaciones y rasantes cumplidas en fase de ejecución, certificación de la secretaria accidental sobre la incoación, tramitación y cumplimiento del expediente relativo a la recepción de las obras de urbanización de la Unidad de Actuación Las Arenas, certificación de la secretaria accidental relativa al cumplimiento del





expediente sobre instalación y puesta en funcionamiento de los aparcamientos del Edificio El trompo.

6.- Instalación y puesta en funcionamiento del aparcamiento del edificio de El Trompo : la certificación de la secretaria accidental aportada como documento 19 en el acto de la vista del juicio oral, acredita el cumplimiento de los trámites legales.

7.- Comisiones de seguimiento creadas al efecto entre el Ayuntamiento de La Orotava , la Consejería de Obras Públicas y la Consejería de Política Territorial para coordinar los procesos de cooperación interadministrativa y revisión del Plan General .

8.- Complejidad del expediente instruido para el otorgamiento de la primera y segunda licencia de legalización del edificio de El Trompo. No se ha tenido en cuenta en la sentencia la complejidad técnica de la situación de transformación del suelo del municipio de La Orotava , para la ejecución de la obra de la autopista TF 5, lo que coincide con la decisión del Sr. Alcalde en la necesidad de incorporar al expediente informe de experto que aborde las observaciones puestas de manifiesto, por el Secretario General de la Corporación, Jefe de los Servicios Jurídicos y Jefe de los Servicios Administrativos, que concluye con la solicitud de dictamen al Catedrático D. Luciano Parejo.

9.- Inexistencia de impugnaciones de tipo administrativo y jurisdiccional instadas por los grupos municipales y /o concejales del Ayuntamiento de La Orotava, por el Estado o la Comunidad Autónoma en ejercicio de su legitimación para el control de la legalidad y de competencia , así como por la Agencia del Medio Ambiente y Natural, como entidad que de conformidad con el T.R.L.O.T.E.N.C. Tiene competencia prioritaria en el control del suelo rústico .

10. Correcta ejecución de la conexión de la TF 5 con la Unidad de Actuación Las Arenas donde se encuentra ubicado El Trompo, atendiendo al normal desenvolvimiento de las tareas de mantenimiento y de policía que se llevan a cabo por el Cabildo Insular de Tenerife , lo que se acredita con la certificación de la Secretaria Accidental aportada sobre informe de la Policía Local de La Orotava .

El motivo de impugnación ha de ser desestimado.

No le corresponde a la parte recurrente determinar qué es lo que se debería haber declarado probado. El órgano sentenciador debe disponer para dictar la sentencia condenatoria de una prueba de cargo suficiente acerca de los elementos típicos que configuran los delitos por los que resultó condenado el recurrente, delito contra la ordenación del territorio y el delito de prevaricación: es decir informar favorablemente la concesión de una licencia contraria a las normas urbanísticas vigentes, parralevarse a cabo la construcción no autorizable en suelo destinado a zonas verdes y viales y suelo rústico . Y eso es lo que se ha probado en el supuesto actual, como consta de forma suficientemente razonada en la sentencia de instancia.

Como hemos tenido ocasión de afirmar en relación al recurso de apelación planteado por el encartado, D. Isaac Valencia, los hechos declarados probados por la sentencia apelada en base a una valoración en conciencia de elementos de prueba personales practicados en el juicio oral, interrogatorios de acusados, testificales y periciales lo son, y como ha declarado la Jurisprudencia y ha sostenido esta Sala, la valoración de la credibilidad de la declaración de testigos y/o peritos en un juicio depende esencialmente de la percepción directa del tribunal de instancia, que difícilmente por tanto puede ser revisada por un Tribunal que no ha podido ver a





esos testigos y/o peritos ni escuchar su declaración. Y no advertimos razones en esta segunda instancia, para sustituir la valoración dichas pruebas personales, realizada por el juez de instancia, no sólo por haberse basado en las facultades que le atribuye el artículo 741 de la ley de enjuiciamiento criminal y contando con las ventajas y garantías de la oralidad, inmediación y contradicción en la práctica de las pruebas, sino porque no aprecia ilógica, irracional o arbitraria. En consecuencia no cabe, como pretende la parte parte apelante, la sustitución en esa alzada de la convicción alcanzada por el juzgador de instancia tras la valoración de la prueba practicada, por la suya propia, en relación a la ubicación de las parcelas en las que se levanta el edificio El Trompo, superficie y categorización del suelo ocupado ( zona verde, viales, suelo rústico) .

*En cuanto a la categorización del suelo sobre el que se alzó el edificio multiusos El Trompo, a los efectos de integrar los elementos definitorios del tipo penal del art. art. 319.1 ( viales, zona verde) y art. 319.2 del C.P. ( suelo no urbanizable), hemos de remitirnos a lo expuesto en relación al recurso planteado por D. Ambrosio Jiménez, en cuanto a que esta Sala considera que dicho concepto ha de ser interpretado conforme a la normativa urbanística y de planeamiento vigente en el momento en que se ejecuta la obra.*

Hemos de advertir que el juzgador de instancia ha realizado en el fundamento de derecho quinto apartado j) de la sentencia impugnada, una valoración de los documentos aportados por la parte apelante en el acto del juicio oral, en apoyo de las alegaciones formuladas en su defensa, que no se aprecia irracional, arbitraria o ilógica, atendiendo a lo ya expuesto y a que los hechos declarados probados, que se atribuyen al hoy recurrente y que son constitutivos de los tipos penales por los que resultó condenado, los cuales no se refieren a su intervención en los expedientes de disciplina urbanística nº 234/2001 y 129/2002 ( obrantes a los folios 265 y siguientes) o en el expediente de Cooperación Interadministrativa del proyecto y estudio de impacto ambiental correspondiente a la obra desdoblamiento con variante , carretera C 820 de Santa Cruz de Tenerife a Guía de Isora por el norte P.K. 32,9000 al 39,300; o en la Modificación del Plan Parcial del Sector 10 La Arenas, B.O.P. de 9 de junio de 2000; o en el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones inherentes derivadas del Convenio de Gestión Urbanística de la Unidad de Actuación Las Arenas de acuerdo con el Plan General revisado y vigente del 2004, sino que los hechos atribuidos al recurrente, se circunscriben a los siguientes : el 10 de julio de 2002 D. Ambrosio Jiménez Quintana solicitó la licencia de obra mayor para la legalización del edificio El Trompo. A continuación se inició la tramitación del expediente administrativo que finalizaría con la concesión de la licencia 312/2002, el día 11 de octubre de 2002. En la tramitación del expediente, los técnicos municipales emitieron el preceptivo informe técnico con fecha 10 de octubre de 2002. Así el aparejador municipal, D. Emilio la Roche, con el visto bueno del arquitecto municipal, D. Fernando Hernández García, se limitó a constatar una serie de incumplimientos (en materia de seguridad contra incendios, alineaciones y rasantes, estudio de seguridad, seguridad e higiene, control de vertidos, actividades clasificadas, ventilación e iluminación...) y a informar sobre la clasificación del suelo como rústico potencialmente productivo.

El expediente no contaba con el obligatorio informe de los servicios jurídicos municipales del Ayuntamiento. En lugar de este informe, el Ayuntamiento de La Orotava encargó un informe externo al catedrático de Derecho Administrativo, D. Luciano Parejo Afonso, ajeno a la corporación municipal. El objeto del informe consistía en determinar la naturaleza del suelo; si





las obras ejecutadas eran compatibles con el planeamiento vigente en aquel momento; y, si estas obras eran susceptibles de legalización.

El 7 de octubre de 2002, los arquitectos D. Argeo Semán Díaz y D Jesús Romero Espeja, que formaban parte del equipo redactor del documento de Revisión del Plan General de Ordenación de Urbana, que se estaba tramitando en el Ayuntamiento de La Orotava, emitieron un informe a solicitud del secretario general, el encausado D. Juan Carlos de Tomás Martí. Este informe , entre otros aspectos, advierte que el nuevo Plan General de Ordenación Urbana está pendiente de aprobación definitiva por lo que todavía se pueden producir *“modificaciones, derivadas del proceso de contestación de las alegaciones y las consideraciones relativas a cuestiones planteadas durante el proceso de información pública, tanto por interés municipal, convenio, gestión urbanística, etc, como por interés supramunicipal”*. Según este informe se desconocía qué tipo de edificación se podría llevar a cabo en cada parcela afectada por la revisión del Plan General y, en concreto, en el terreno ocupado por El Trompo. Esta determinación quedaba a expensas del resultado este proceso de información pública.

Asimismo, en el expediente de legalización no se tramitó, ni se exigió al promotor que se iniciase la tramitación, con carácter previo, de la licencia de instalación de la actividad de garajes. Tampoco se realizó el preceptivo trámite de Calificación Territorial ,que debe otorgar el Cabildo Insular de Tenerife cuando se llevan a cabo construcciones en suelo rústico. La concesión de la licencia no tuvo en cuenta que faltaban estas circunstancias.

Y el encartado D. Juan Carlos de Tomás, secretario general del Ayuntamiento, consciente de que no se habían respetado trámites esenciales del procedimiento administrativo, como la ausencia del informe jurídico de los servicios municipales; y, de que la legalización del edificio no era posible, entre otras razones por la construcción en suelo rústico, elevó una propuesta favorable a la legalización de obras.

D. Juan Carlos de Tomás Martí, en su propuesta favorable de legalización, se fundamenta, además de en el informe de Luciano Parejo, en las previsiones de que esa zona fuese a convertirse en suelo urbano, puesto que la parcela colindante, el Sector 10, tenía un Plan Parcial específico, el Plan Parcial del Sector 10, que había permitido edificar en esa zona. Previamente había recabado un informe ad hoc, sobre el estado de la consolidación de las obras de urbanización a D. Melecio Tamajón Hernández, arquitecto técnico municipal ( a los folios 192 y 193 ).

D. Juan Carlos de Tomás Martí conocía que, dada la naturaleza del suelo y los usos permitidos, el edificio multiusos objeto del proyecto era incompatible con la normativa urbanística en vigor. Y también conocía que las obras de urbanización que se habían ejecutado en las inmediaciones, no modificaban la calificación del suelo, ni tampoco permitían la edificación en general.

Con base en la propuesta del secretario del Ayuntamiento, D. Juan Carlos de Tomás, el alcalde, D. Isaac Valencia Domínguez, el día 11 de febrero de 2002, firmó el Decreto por el que legalizaba la construcción de El Trompo. En este Decreto, se le concede a la edificación la licencia sobre el proyecto de ejecución material con número 312/02, quedando así formalmente legalizada la obra.





D. Juan Carlos de Tomás Martí e D. Isaac Valencia Domínguez llevaron a cabo las anteriores resoluciones administrativas actuando de forma conjunta, con pleno conocimiento de que las mismas, se apartaban de lo previsto en las normas jurídicas y con conocimiento de su injusticia. Se concedió una licencia de obra mayor, sin esperar a la culminación del proceso legalmente establecido relativo a la modificación del Plan General de Ordenación Urbana. Tampoco se preocuparon por las variaciones que pudiese sufrir la clasificación del terreno o el tipo de edificación permitida en esa parcela.

Con su actuación, además de la vulneración de ordenamiento administrativo, se afectó al suelo, llevando a cabo una construcción en un suelo cuya clasificación final se desconocía. La construcción condicionó la nueva regulación del Plan General de Ordenación Urbana, que se encontraba en tramitación en esos años, y que no se aprobaría hasta el 16 de julio de 2004. El Plan General de Ordenación Urbana incluyó la parcela sobre la que mayoritariamente se asienta el Trompo como suelo urbano no consolidado. Esta parcela se denominó Unidad de Actuación "Las Arenas".

En cuanto al procedimiento de cooperación interadministrativa, que vincula a la licencia de legalización otorgada, según el recurrente, el juzgador en la sentencia impugnada, razona de forma detallada y pormenorizada, que el encartado D. Juan Carlos de Tomás alegó que había tenido que adaptarse a las decisiones de otras Administraciones mediante la institución jurídica de la cooperación interadministrativa, lo que no tuvo reflejo en la propuesta de legalización de la obra de construcción del edificio El Trompo de fecha 11 de octubre de 2002 (folios 255 y siguientes) emitida por el recurrente. Y añade el juzgador que el testigo, al que no ha podido oír esta Sala, D. Gabriel Luis Andrés Martín de Lorenzo- Cáceres, Jefe de Ingeniería de Estudios y Proyectos, actualmente Jefe de Proyectos y Obras de la Consejería de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias, declaró que esta cooperación administrativa había tenido lugar entre distintas administraciones, entre ellas el Ayuntamiento de la Orotava, a la hora de construir el ramal de salida de la TF-5 en La Orotava. Su preocupación fue que se ampliase el tramo de conexión con la autopista y la conexión con La Vera, para que fueran lo suficientemente amplias como para dar cabida al número de vehículos que iban a entrar y salir por la autopista, ante la previsión de que en esa zona fuese un centro comercial. Y reconoció que había tenido diversas reuniones con los representantes del Ayuntamiento y con el promotor, en relación con la construcción de la carretera, y que en estas reuniones se le indicó que en esa parcela estaba previsto construir un centro comercial. Y el testigo aclaró que esta cooperación interadministrativa sólo había tenido por objeto la construcción de la carretera. Su objeto se limitó a que se pudiese hacer unos accesos a la carretera suficientemente amplios, pero nunca se condicionó el suelo. D. Gabriel Luis declaró que la Consejería no puede modificar un suelo, al no encontrarse entre sus competencias.

Argumenta el juzgado a quo que " *Como se ha dicho, la decisión de si un suelo es rústico o es urbano compete en exclusiva al Plan General de Ordenación Urbana, con independencia de que por factores ajenos a la Corporación Municipal se puedan ver afectadas zonas del Plan General. Pero no es este el caso. En apoyo de esto, basta con leer las condiciones impuestas por la Consejería de Obras Públicas de 15 de marzo de 2000, en concreto la 4.ª "Se ejecute el tramo de la futura Rambla que, según el nuevo Plan General de Ordenación de la Orotava, en tramitación, queda fuera de los límites del Plan Parcial del Sector 10. Las Arenas" (folio 1656)."*

Y como hemos señalado en relación al recurso planteado por el encartado, D. Ambrosio





Jiménez, el *Decreto Legislativo 1/2000 de 8 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias*, en su art 32 atribuye al *Plan general de ordenación*, la ordenación estructural, conformando el documento denominado plan básico de ordenación municipal, y la ordenación pormenorizada del municipio, conformando el documento denominado plan de ordenación pormenorizada. Y define el modelo de ocupación del territorio y desarrollo urbano en base a las siguientes determinaciones: 1) La clasificación del suelo. 2) En el suelo rústico, su adscripción a la categoría que corresponda y la determinación de los usos genéricos atribuibles a cada categoría. 3) En el suelo urbano y urbanizable. Y en su *artículo 44 . 2* dispone “... *Los instrumentos de ordenación urbanística entrarán en vigor con la publicación de los acuerdos de su aprobación definitiva en el Boletín Oficial de Canarias, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de régimen local*”.

El encartado, secretario general del Ayuntamiento de La Orotava debía saber que los planes de ordenación sólo tienen vigencia y son ejecutivos, a partir de su aprobación definitiva por el órgano competente.

En consecuencia, el motivo de impugnación ha de ser desestimado.

**VIGESIMOCUARTO.-** En relación al motivo de impugnación relativo a la infracción de los arts. 319 y 320 del C.P. , por indebida aplicación , argumenta la parte recurrente que no concurren los elementos integradores de dichos tipos penales en la conducta del recurrente, habiendo incurrido el juzgador a quo en la vulneración del derecho constitucional a obtener una resolución judicial motivada, pues no responde a todas las cuestiones que las partes le han sometido a consideración.

En relación a la ausencia de motivación de la sentencia apelada, basta hacer nuestro lo fundamentado por el Tribunal Supremo en la Sentencia nº 1999/2002 de fecha: 03/12/2002, con cita de otras: “Esta Sala ha destacado la relevancia de la motivación de las resoluciones judiciales, dentro del contenido amplio del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero también ha señalado que la motivación de la respuesta judicial, desde una perspectiva constitucional, se satisface si la resolución contiene la fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo saber cuáles son las razones que sirven de apoyatura a cada una de las decisiones adoptadas (resultancia fáctica, subsunción jurídica y pena impuesta, como más relevantes) quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad (Sentencias de 5 de mayo de 1997 ; 23 de abril y 21 de mayo de 1996).” .

En este caso, la fundamentación detallada y pormenorizada de la sentencia impugnada, satisface el deber de motivación que exige el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la C.E .

En relación a la cuestión de fondo planteada, hemos de remitirnos a lo ya expuesto con ocasión del recurso de apelación planteado por el encartado, D. Isaac Valencia, sobre la configuración doctrinal de los delitos contra la ordenación del art. 319 del C.P. y prevaricación urbanística del art. 320 del C.P.

La sentencia apelada condenó al encartado D. Juan Carlos de Tomás Martí, como autor criminalmente responsable de delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código





Penal, en concurso medial con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 del Código Penal. Y razona el juzgador de instancia que por lo que se refiere al delito contra la ordenación del territorio, el encartado D. Juan Carlos de Tomás Martí, *"debe responder como cooperador necesario de la promoción de la obra. Sin la intervención de Juan Carlos de Tomás habría sido casi imposible obtener la apariencia de legalidad, en el expediente de legalización del Trompo. La propuesta que Juan Carlos de Tomás Martí emite en favor de la concesión de la licencia merece la consideración de bien escaso en un sentido jurídico-penal.*

*Juan Carlos de Tomás Martí también conocía que el terreno sobre el que se estaba edificando el Trompo no podía albergar una construcción de esa naturaleza. Tuvo conocimiento de los documentos técnicos que advertían de la naturaleza del suelo, y aún así, decidió llevarla a cabo, siendo plenamente consciente de que el suelo iba a quedar irremediamente afectado."*

*"En el presente caso, la conducta de Juan Carlos de Tomás Martí, debe considerarse como cooperación necesaria. Y ello tanto si se considera que la propuesta de resolución que emite es un bien escaso, tanto bajo la teoría de la extraordinaria dificultad que conllevaría el otorgamiento de la licencia con idéntica apariencia de legalidad.*

*Es habitual que la jurisprudencia exija, también, para la concurrencia de la figura de la cooperación necesaria, que exista un acuerdo entre el autor y el cooperador (vid. STS 17 de julio de 2008). Sin perjuicio de ello, no se trata de un requisito esencial.*

*En este caso, sin embargo, resulta evidente, como se puso de manifiesto en los Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto, que la actuación de alcalde y secretario fue conjunta, siendo concededores en todo momento de lo que cada uno hacía. La conducta concurrente, pero aislada, carece de sentido, pues el comportamiento del secretario es lo que faculta al alcalde para aprobar el Decreto y, con este, queda aparentemente legitimado el comportamiento del secretario."*

En la resolución apelada 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 un concurso medial de delito del art. 77 del C.P..

*En primer lugar, en cuanto a la categorización del suelo sobre el que se alzó el edificio El Trompo, a los efectos de integrar los elementos definitorios del tipo penal del art. art. 319.1 (viales, zona verde) y art. 319.2 del C.P. (suelo no urbanizable), hemos de remitirnos a lo expuesto en relación al recurso planteado por D. Ambrosio Jiménez, en cuanto a que esta Sala considera que dicho concepto ha de ser interpretado conforme a la normativa urbanística y de planeamiento vigente en el momento en que se ejecuta la obra.*

La parte apelante niega que el encartado D. Juan Carlos de Tomás, secretario general del Ayuntamiento de La Orotava, tuviera la condición de promotor que exigen los tipos penales del art. 319.1 y 2 del C.P. para los sujetos activos del delito, manifestando que el Sr. de Tomás no ha tenido un implicación relevante en la ejecución del segundo cometido, que no fue autor de dicha construcción y ninguna actuación desplegó en orden a facilitar, auxiliar o cooperar activamente en ella.





Partiendo de la doctrina jurisprudencial expuesta en relación al recurso de D. Isaac Valencia sobre los sujetos activos del delito contra la ordenación del territorio, en el supuesto de autos, es claro que en el relato de hechos declarados probados en la sentencia impugnada, no describe que el encartado, D. Juan Carlos de Tomás, programara o financiara, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación de El Trompo para sí o para su posterior enajenación, entrega, cesión o terceros bajo cualquier título.

Ahora bien, entiende esta Sala que el recurrente tuvo participación en la comisión del delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1 del C.P., en concepto de cooperador necesario, como señala el juzgador de instancia por cuanto, en su condición de secretario general del Ayuntamiento, consciente de que la legalización de las obras de construcción no era posible por contravenir las normas urbanísticas y planeamiento vigentes, pues se trataba de una edificación destinada a uso comercial y garajes en suelo destinado a viales y zona verde y suelo rústico, elevó una propuesta favorable a la concesión de la licencia de legalización de la obra de edificación de El Trompo, en fecha 11 de octubre de 2002. En su propuesta favorable de legalización, se basó, además de en el informe de Luciano Parejo, en las previsiones de que esa zona fuera a convertirse en suelo urbano, puesto que la parcela colindante, el Sector 10, tenía un Plan Parcial específico, el Plan Parcial del Sector 10, que había permitido edificar en esa zona. Previamente había recabado un informe ad hoc, sobre el estado de la consolidación de las obras de urbanización a D. Melecio Tamajón Hernández, arquitecto técnico municipal. D. Juan Carlos de Tomás Martí conocía que, dada la naturaleza del suelo y los usos permitidos, el edificio multiusos objeto del proyecto era incompatible con la normativa urbanística en vigor. Y también conocía que las obras de urbanización que se habían ejecutado en las inmediaciones, no modificaban la calificación del suelo, ni tampoco permitían la edificación.

Con base en la propuesta del secretario del Ayuntamiento, D. Juan Carlos de Tomás, el alcalde, D. Isaac Valencia Domínguez, el día 11 de febrero de 2002, firmó el Decreto por el que se legalizaba las obras de edificación de El Trompo en el expediente nº 312/02. Por lo que el encartado D. Juan Carlos de Tomás, con su intervención en el expediente de legalización de las obras de edificación de El Trompo emitiendo una propuesta a favor de la concesión de la licencia, contribuyó de forma relevante a dar un halo de legalidad y adecuación a las normas ya la continuación de la ejecución de la obra, y por tanto, colaboró con el ejecutor directo, el promotor, el encausado D. Ambrosio Jiménez, aportando algo que no era fácil obtener de otro modo y que sólo él podía realizar por sus conocimientos jurídicos y su condición de funcionario del Ayuntamiento, al haber prescindido del informe de los técnicos juristas del Ayuntamiento de La Orotava.

Tampoco se preocupó por las variaciones que pudiese sufrir la clasificación del terreno, la tipología edificatoria o el coeficiente de edificabilidad permitido en esa parcela, que como hemos expuesto sufrió variaciones desde la aprobación inicial del P.G.O.U. en 2002 hasta la aprobación definitiva del mismo en 2003 (a los folios 1028 y 1029). Su actuación afectó a la clasificación del suelo y condicionó el planeamiento cuya revisión aún estaba en trámite, pues el Plan General de Ordenación Urbana, que se publicó en el B.O.C. el 16 de julio de 2004, clasificó la parcela sobre la que mayoritariamente se asienta El Trompo, como suelo urbano no consolidado, siendo denominada Unidad de Actuación "Las Arenas".





Dicha conducta resulta también subsumible en el tipo penal del art. 320.1 del C.P. , si bien no nos encontramos ante un concurso de leyes, sino ante un concurso de delitos, como ya expusimos en relación al recurso del encartado D. Isaac Valencia.

Esta Sala entiende que en los hechos declarados probados en la sentencia apelada que han sido anteriormente expuestos, concurren, sin lugar a duda, los elementos integradores del delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 del C.P.

Según dispone el artículo 3.1 Del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones y determinaciones de la Ley del Suelo, de los Planes de Ordenación Urbana y Programas de Actuación Urbanística y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento o de las Normas y Ordenanzas reguladoras sobre uso del suelo y edificación.

En este caso, el encartado, D. Juan Carlos de Tomás, informó favorablemente la concesión de la licencia de legalización de las obras para la construcción del centro multiusos, con locales comerciales y garajes, El Trompo, en la parcela aneja al Sector 10, suelo clasificado como rústico y en zonas verdes de dicho Sector, conforme al Plan Parcial Sector 10 Las Arenas de 2000, mediante Propuesta de Resolución de 11 de octubre de 2002 , dictándose en esa misma fecha Decreto firmado por el encartado, D. Isaac Valencia, en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de La Orotava, por el que se concedió la licencia de legalización, a sabiendas de que contravenía la normativa en materia urbanística y el planeamiento vigente, así como las normas del procedimiento administrativo exigido en concesión de licencias de obras mencionadas en esta sentencia, con ocasión del recurso planteado por el encartado , D. Isaac Valencia, para dar aparente legalidad a la obra, permitiendo la reanudación – pues estaba suspendida por el departamento de urbanismo siendo mantenida la medida mediante Decreto de la Alcaldía de 7 de mayo de 2002- y su continuación hasta la finalización de la misma .

El encartado siendo el Secretario General del Ayuntamiento de La Orotava instruyó el expediente administrativo de legalización- licencia de obra de construcción del edificio multiusos El Trompo nº 312/2002 , sin cumplir los mecanismos de control de concesión de licencias de obras establecidos legalmente, como la necesidad de que se emitan dos informes, uno técnico y otro jurídico, que tienen como finalidad proporcionar al órgano decisor del expediente la información suficiente para que éste pueda formar el criterio conveniente, desde un punto de vista legal, a la hora de proceder al otorgamiento o a la denegación de la licencia ( Real Decreto 2.187/1978, de 23 de junio) , por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística, en cuyo artículo 4.2 se menciona a ambos), elevando en el expediente de legalización reseñado en fecha 2 de septiembre de 2002, propuesta de solicitar dictamen externo sobre la aplicación del planeamiento al proyecto básico del centro de ocio en el Polígono San Jerónimo, presentado por la entidad Proyectos Inmobiliarios La Arenas S.L. a un asesor jurídico externo del Ayuntamiento, el Catedrático de Derecho Urbanística, D. Luciano Parejo, quien emitió informe favorable a la legalización de la construcción de 7 de octubre de 2002, omitiéndose el preceptivo informe jurídico del técnico municipal.

La omisión del preceptivo informe de los técnicos juristas del Ayuntamiento de La Orotava, sólo





se entiende como parte del contexto de la conducta delictiva del apelante, pues era conocedor de la clasificación y categorización del suelo en el que se levantó el centro comercial El Trompo, suelo rústico potencialmente agrícola y zona verdes y de que dicha obra no era autorizable, conforme a la normativa urbanística vigente en el momento de otorgamiento de la licencias.

El encartado, a sabiendas de la normativa urbanística y planeamiento vigente en ese momento en el municipio de La Orotava, cuyo desconocimiento no es admisible por el cargo que desempeñaba el recurrente, elevó Propuesta favorable a la concesión de la licencia de obra de fecha 11 de octubre de 2002, pese a constar en el expediente de licencia de obra 312/2002 informe de 10 de octubre de 2002 de los técnicos de la Oficina Técnica Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de La Orotava, D. Emilio La Roche y D. Fernando Hernández ( incluido en el expediente de legalización a los folios 251 a 254), según el cual el edificio proyectado ocupaba suelo clasificado de rústico agrícola potencialmente productivo, conforme al Planeamiento vigente en ese momento, y que su uso era comercial y garaje colectivo, sin que se hubiera tramitado por el promotor la licencia para actividades clasificadas y garajes, de conformidad con lo previsto en el art. 4 de la Ley 1/1998, de 8 de enero de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas; e informe de 7 de octubre de 2002, emitido por los arquitectos D. Argeo Semán Díaz y D. Jesús Romero Espeja ( incluido en el expediente de legalización a los folios 249 y 250), que formaban parte del equipo redactor del documento de Revisión del Plan General de Ordenación de Urbana, el cual estaba aprobado inicialmente y en fase de redacción para su aprobación provisional en esa fecha e informaron en relación al documento de Proyecto Básico de centro de ocio Polígono San Jerónimo, promovido por Proyectos Inmobiliarios Las Arenas S.L. , señalando que dicho Proyecto Básico desarrolla el centro de ocio ubicado junto al Polígono de San Jerónimo, Plan Parcial Las Arenas Sector 10. Con base en la Aprobación Inicial de la Revisión del Plan General de Ordenación de La Orotava, los terrenos sobre los que se pretende desarrollar el mencionado centro de ocio están clasificados y categorizados como suelo urbano no consolidado por la urbanización, incluidos en la Unidad de Actuación Las Arenas, la cual tiene una superficie de 42.619m<sup>2</sup>, edificabilidad media de 0,364 m<sup>2</sup>, uso industrial y comercial. La tipología de edificación prevista en la parcela donde se ubica el citado proyecto es edificación industrial abierta, ocupación 45%, altura 2 plantas, retranqueo 5 metros a vía, edificabilidad 0,90 m<sup>2</sup> c/m<sup>2</sup> y fondo máximo edificable de 45 m . Las vías que circundan el terreno donde se ubica el proyectado centro de ocio y que pertenecen al sistema de viario de la Unidad de Actuación, no son Sistemas Generales de Plan General. Y los mencionados arquitectos advirtieron que el nuevo Plan General de Ordenación Urbana estaba pendiente de aprobación definitiva por lo que todavía se podían producir *“modificaciones, derivadas del proceso de contestación de las alegaciones y las consideraciones relativas a cuestiones planteadas durante el proceso de información pública, tanto por interés municipal, convenio, gestión urbanística, etc, como por interés supramunicipal”*. En consecuencia, en ese momento se desconocía qué tipología de edificación se podría llevar a cabo *“formalmente “* en cada parcela afectada por la revisión del Plan General y, en concreto, en el terreno ocupado por El Trompo. Recordemos que el P.G.O.U. se publicó en B.O.C. el 16 de julio de 2004.

Era conocedor del Convenio suscrito con el promotor D. Ambrosio Jiménez en fecha 14 de diciembre de 1999, en el que se estipulaba la obligación del Ayuntamiento de La Orotava de llevar a cabo las modificaciones en el planeamiento necesarias para la urbanización y construcción en la zona donde se construyó El Trompo . Recordemos el contenido de la





estipulación quinta: “*Para gestionar la ejecución del viario al norte del Plan Parcial las Arenas hasta su unión con el enlace 4, conforme propone el Avance de la Revisión del Plan General, podrá ampliarse la delimitación del Sector 1 de suelo urbanizable del Plan General en el espacio triangular definido por el Plan Parcial, la Rambla y la Autopista, y adscribir a su desarrollo la ejecución de las obras correspondientes siempre que sin exceder los límites de edificabilidad del Plan Parcial, pueda asignarse a esta ampliación un aprovechamiento equivalente al mismo.*” Y estipulación Sexta “ El cumplimiento de las obligaciones establecidas en este convenio, queda sometido a la condición suspensiva de la aprobación definitiva de las modificaciones de planeamiento y al mantenimiento de las mismas de las determinaciones pactadas.”

*Además era conocedor desde el año 2000, de que en esa parcela se iba a construir un centro comercial, o esa era la previsión desde el Ayuntamiento, a la vista del informe de la Consejería de Obras Públicas , Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias de 15 de marzo de 2000 sobre la modificación del Plan Parcial Las Arenas Sector 10 de La Orotava, y la declaración testifical D. Gabriel Luis Andrés Martín de Lorenzo Cáceres, Jefe de Ingeniería de Estudios y Proyectos, actualmente Jefe de Proyectos y Obras de la Consejería de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias .*

En el expediente de licencia de obra nº 312/2012 se omitió el preceptivo trámite de calificación territorial, cuyo otorgamiento es competencia del Cabildo Insular de Tenerife, se trata de otro requisito de control y garantía para la ciudadanía de que la potestad ejercida se ajusta a la legalidad vigente, como hemos expuesto en relación al recurso planteado por el encartado D. Isaac Valencia.

No puede invocar el error en ninguna de sus variedades, del tipo o de prohibición, la persona que tiene atribuidas entre sus funciones el control de la legalidad de los actos administrativos de las Corporaciones Locales, y que según sus propias declaraciones actuó como secretario del Ayuntamiento en la fecha de los hechos, pues tenía la obligación de conocer y aplicar la legislación vigente, y en su caso la de asesorar al alcalde y a la Corporación Municipal en el ejercicio de sus funciones ( art. 72 y ss de la Ley de Bases del Régimen Local ). Y como garante de la legalidad de los actos administrativos de la Corporación Local, el recurrente no puede escudarse en que el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de La Orotava de 29 de diciembre de 1998, por el que se aprobó el Convenio finalmente suscrito el 14 de diciembre de 1999, entre el Ayuntamiento de La Orotava y Proyectos Inmobiliarios Las Arenas S.L., fuera el que atribuyó la clasificación de suelo urbano al espacio triangular anejo al Sector 10, sobre el que se asienta el edificio El Trompo, por cuanto, como ya hemos dicho, *el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, en su art 32 atribuye al Plan General de Ordenación, la ordenación pormenorizada del municipio y define el modelo de ocupación del territorio y desarrollo urbano en base a las siguientes determinaciones: 1) La clasificación del suelo.2) En el suelo rústico, su adscripción a la categoría que corresponda y la determinación de los usos genéricos atribuibles a cada categoría. 3) En el suelo urbano y urbanizable .*

Y por las mismas razones no cabe admitir que el encartado, secretario del Ayuntamiento de La Orotava, cuando elevó Propuesta de Resolución favorable a la concesión de la licencia de





legalización de las obras de 11 de octubre de 2002, no tuviera conocimiento de la clasificación y categoría del suelo en el que se levantó el centro comercial El Trompo, suelo rústico y zona verdes, y que dicha obra no era autorizable conforme a la normativa urbanística vigente en ese momento, P.G.O.U. de 1990 , pues la extensa y razonada propuesta de solicitar dictamen externo sobre la aplicación del planeamiento al proyecto básico del centro de ocio en el Polígono San Jerónimo, presentado por la entidad Proyectos Inmobiliarios La Arenas S.L., a un asesor jurídico externo del Ayuntamiento, el Catedrático de Derecho Urbanística, D. Luciano Parejo, que D. Juan Carlos de Tomás elevó en el expediente de legalización nº 312/2002 de fecha 2 de septiembre de 2002, pone de manifiesto que era conocedor de toda la normativa urbanística y del Planeamiento de cuya aplicación se trataba y de las circunstancias particulares del expediente de legalización en cuestión.

A la vista de todo lo expuesto, tan solo puede responder a una actuación consciente y a sabiendas de su injusticia, el hecho de que el encartado D. Juan Carlos de Tomás haya informado favorablemente y elevado Propuesta de Resolución para la concesión a Proyecto Inmobiliarios Las Arenas S.L, de la licencia de legalización de las obras de edificación de El Trompo, de fecha 11 de octubre de 2002 , condicionada al cumplimiento de la normativa aplicable al Plan Parcial del Sector 10 en los parámetros que se deducen de los informes jurídicos obrantes en el expediente ( en concreto se refiere al informe del Sr. Luciano Parejo) ; y al cumplimiento de la ordenación que sobre dicho ámbito territorial se apruebe de forma provisional y definitiva, por los órganos competentes, en cuanto culminación del procedimiento abierto de Revisión del Plan General, para su adaptación al Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias . Tal y como señalamos en relación al recurso de D. Ambrosio Jiménez, dichas condiciones tenían como único objeto posibilitar la concesión de la licencia y permitir la continuación de las obras de construcción del centro multiusos, que ya se hallaban suspendidas por orden del Área de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de La Orotava y por Decreto de la Alcaldía de 7 de mayo de 2002, y que no eran susceptibles de legalización, conforme a la normativa urbanística vigente en ese momento, el P.G.O.U. de La Orotava de 1990, al ocupar suelo clasificado como rústico ( la parcela triangular situada fuera del ámbito territorial del Plan Parcial Sector 10).

Todo ello afectó a la clasificación del suelo, pues se llevó a cabo una construcción en un suelo cuya clasificación final se desconocía y condicionó el planeamiento cuya revisión aún estaba en trámite, pues el nuevo Plan General de Ordenación Urbana se publicó el 16 de julio de 2004, siendo éste el que clasificó la parcela sobre la que mayoritariamente se asienta El Trompo, como suelo urbano no consolidado, siendo denominada Unidad de Actuación “Las Arenas”.

En conclusión, han de ser desestimado los motivos de impugnación relativos a infracción de las normas del art 319. 1 y 320.2 del C.P.

**VIGESIMOQUINTO.-** En conexión con lo anterior, hemos de advertir tal y como se razonó en esta sentencia en relación con el recurso planteado por D. Isaac Valencia, que partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, ya expuestos, se atribuye al secretario del Ayuntamiento de La Orotava , D. Juan Carlos de Tomás, una sola acción delictiva, consistente en informar favorablemente mediante Propuesta de Resolución de 11 de octubre de 2002 la concesión a la entidad Proyectos Inmobiliarios Las Arenas S.L., de licencia de legalización de la obra a la construcción de El Trompo, iniciadas con anterioridad ( 15 /11/2001), contraviniendo la legislación urbanística y normas de planeamiento, así como la





normativa sobre procedimiento administrativo en materia urbanística vigentes en ese momento, lo que afectó a la clasificación suelo, pues se llevó a cabo una construcción en un suelo cuya clasificación final se desconocía y se condicionó el planeamiento, toda vez que en esa fecha aún estaba en trámite la revisión del P.G.O. U. de La Orotava, que se publicó definitivamente el 16 de julio de 2004 , todo ello, a sabiendas de su injusticia. Por lo que estaríamos ante un concurso ideal de delitos del art. 77 del C.P. y no medial como señala el juzgador de instancia, por las razones ya expuesta en relación al recurrente D. Isaac Valencia.

La apreciación de la concurrencia de concurso ideal de delitos, no tendría consecuencias penalógicas, al tener normas penalógicas comunes el concurso ideal y medial de delitos en el art. 77 del C.P. vigente en la fecha de los hechos.

En este caso, esta Sala también entiende que resulta más favorable al reo, castigar las infracciones separadamente, en aplicación de la norma penalógica del art. 77.3 del C.P., resultando aplicable a este recurrente lo resuelto en esta sentencia respecto al encausado, D. Isaac Valencia, .

**VIGESIMOSEXTO.-** En relación al motivo de impugnación relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por la no apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del C.P. como muy cualificada, argumenta la parte recurrente que el 19 de agosto de 2002 se incoaron las diligencias previas. El 29 de noviembre de 2002 se dictó providencia en virtud de la cual se requirió al Ayuntamiento de La Orotava para que remitiera el expediente solicitado , y no fue hasta cuatro meses más tarde, por providencia de 25 de marzo de 2003 cuando se resolvió haciendo constar que el expediente solicitado no fue aportado, otorgando una nuevo plazo de diez días . Por providencia de 12 de septiembre de 2003, diez meses más tarde, se da cuenta de la recepción del expediente. Por providencia de 10 de diciembre de 2003 se designó al perito D. Rubén Henríquez para la práctica de la pericial acordada, se acordó su citación para aceptar el cargo el 16 de enero de 2004, y no fue hasta el 27 de junio de 2005, cuando el perito presentó el informe correspondiente. Por diligencia de 26 de marzo de 2008, se acordó hacer entrega al perito Sr. Cabrera Oliva de documentación a fin de que procediese a la práctica de la pericial, no siendo hasta el 27 de octubre de 2008 cuando se tuvo por aportada la pericial. Entre la providencia de 27 de enero de 2012 y la diligencia de ordenación de 22 de octubre de 2012 , es decir más de ocho meses, no existen más que diligencias de comunicación o notificación a procuradores y diligencias similares . Lo mismo sucede entre la providencia de 4 de marzo de 2013 y diligencia de ordenación de 16 de octubre de 2013 . Y desde la diligencia de 16 de octubre de 2013 hasta el auto de 16 de diciembre de 2014 transcurrió un año y seis meses de paralización de la instrucción. Así la instrucción estuvo paralizada durante un periodo total de 6 años.

Se muestra disconforme la parte recurrente con el razonamiento del juzgador de instancia en la sentencia impugnada , respecto a que la dilación en el procedimiento se debe a la actuación de las partes, pues la actual dirección letrada del recurrente se personó el 30 de diciembre de 2014, es decir un año y seis meses antes de la celebración de la vista del juicio oral y los escritos presentados no fueron con la voluntad de paralizar el procedimiento , y no puede apreciarse que la dilación sea imputable al acusado cuando éste se ha limitado a hacer uso de





recursos y medios legales de defensa. Así expone la parte recurrente una relación de escritos presentados con tal fin , tales como escrito de personación de 30 de diciembre de 2014, recurso de apelación contra el auto de 16 de diciembre de 2014, escrito de designación de particulares, escrito aportando domicilio a efectos de notificaciones, escrito aportando informe médico de su representado, escrito solicitando suspensión del plazo para presentar escrito de defensa, recurso de reforma contra la providencia de 21 de septiembre de 2015, escrito de defensa, recurso de reforma contra al providencia de 28 de septiembre de 2015, escrito de rectificación de diligencia de ordenación de 22 de enero de 2016, escrito solicitando la suspensión del juicio oral, escrito solicitando el retraso para la comparecencia de letrados, escrito de aclaración contra la providencia de 29 de marzo de 2016, escrito indicado que a la comparecencia asistiría un letrado compañero del director , escrito solicitando pieza de convicción , escrito solicitando se tenga por precluido el plazo de calificación, escrito aportando copia de los escritos de entrada en el decanato de 20 y 25 de mayo de 2016 .

El motivo de impugnación ha de ser desestimado, por los mismos argumentos expuestos en relación al recurso planteado por el encausado D. Isaac Valencia que damos por reproducidos.

**VIGESIMOSÉPTIMO.**- En cuanto a los efectos penológicos de los delitos de los que resultó responsable el recurrente, la sentencia impugnada impone las siguientes penas: por el delito de prevaricación urbanística, las penas de 1 año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público de una administración general, autonómica, regional o local por tiempo de 8 años, y por el delito contra la ordenación del territorio, las penas de prisión de 1 año, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 14 meses con cuota diaria de 10 euros, e inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción por tiempo de 1 año.

Esta Sala entiende que tales penas resultan desproporcionadas en atención a las circunstancias concretas de la construcción de cuya legalización se trataba, consistente en un centro comercial ubicado en las proximidades de una vía de comunicación y de un polígono industrial y de servicios, que determina que el perjuicio causado a los intereses urbanísticos, excluya la gravedad que justificaría la imposición de la pena de prisión por el delito de prevaricación ( la cual ni siquiera está prevista en el tipo penal de la prevaricación ordinaria del art. 404 del C.P.) y la imposición de penas, que excedan de la extensión mínima legal prevista en los dos tipos penales por lo que resultó condenado el recurrente, concurriendo además, la atenuante simple de dilaciones indebidas ( art. 66.1.2ª del C.P.), lo que nos lleva a revisar las penas que le fueron impuestas en la sentencia impugnada, por cada uno de los dos delitos por los que resultó condenado, en el sentido de imponer las siguientes penas:

-Por el delito del art. 319.1 del C.P. , prisión de 6 meses con la accesoria de inhabilitación especial, para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C.P. en caso de impago.

Respecto a la pena de inhabilitación, el art. 45 del C.P. señala que «la inhabilitación especial para profesión, oficio , industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante





el tiempo de la condena “. La sentencia impugnada impuso la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la construcción, debiendo haber precisado con mayor concreción, la profesión u oficio que ha de comprender la inhabilitación especial que impuso, por lo que en virtud del principio de legalidad y en base a los razonamientos antes expuestos sobre las circunstancias del caso, se ha de imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de actividad de carácter profesional, de construcción o edificación, por tiempo de 6 meses .

-Por el delito del art. 320.2 del C.P., las penas multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C.P. en caso de impago; e inhabilitación especial para todo cargo o empleo público, sea de una administración general, autonómica, regional o local, por tiempo de 7 años .

En consecuencia ,ha de estimarse parcialmente el recurso.

**VIGESIMOCTAVO.-** Finalmente, se invoca como motivo de impugnación de la sentencia dictada por el juzgado de lo penal, la vulneración del derecho al honor, imagen e intimidad personal del recurrente y de su letrado, por infracción de los arts. 18.1 y 20.1 de la C.E. y art. 7.7 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo.

Alega la recurrente, en síntesis, que la sentencia de instancia impugnada menciona de forma desproporcionada e innecesaria al letrado que suscribe el recurso planteado, sembrando la duda sobre su honradez profesional y sobre su legítima actuación. Se cuestiona la decisión del juzgador sobre la remisión al juzgado de instrucción de testimonio para la investigación de hechos que pudieran ser constitutivos de delito de falsedad documental, y la forma en que se produjo al plasmarla en la fundamentación jurídica y fallo de su sentencia, exponiendo al escarnio público al letrado.

En cuanto al fondo, entiende la parte recurrente que se trata de una sospecha injustificada, pues el letrado no tiene, ni tuvo certeza de la pretendida falsedad , y menos aportó documento público o privado alguno a esta causa con conocimiento de la misma. Y el juzgador de instancia afirma la falsedad del documento cuando ni siquiera ha instruido diligencias previas ni dictado resolución que lo confirme.

Alega que el juzgador no ha tenido en cuenta al deducir testimonio por presunto delito de falsedad documental la inexistencia del conocimiento alguno del letrado de la pretendida falsedad; y que la absoluta innecesariedad de dicho documento para mantener la defensa esgrimida por la dirección letrada, pues la misma se basó en la aplicación a la calificación del suelo, del hecho de que la misma ha de cambiar cuando su situación real se ve afectada por la ejecución de su urbanización y por contar con los servicios mínimos necesarios descritos en la Ley del Suelo.

Además se alega la parte recurrente que no estamos ante un delito de falsedad documental , pues del análisis del documento que se pretende falso, se puede ver que se trata de un error, motivado por haber elaborado dicho documento sobre la plantilla del primero de ellos . No contiene una mutación objetiva y material de la realidad. El documento no ha tenido relevancia para la defensa del recurrente, lo que se expone en dicho documento, la clasificación del suelo tras la aprobación inicial del plan parcial ha sido reconocido por todos y cada uno de los letrados defensores. Y fue emitido por D. Emilio La Roche , sin intervención del recurrente. Tampoco se revela el dolo falsario que tendría que atribuirse a D. Emilio La Roche,





por cuanto no está presente en su actuación la conciencia o voluntad de transmitir la realidad que constituye su elemento esencial, sino tan sólo constar en dicho documento la modificación y aprobación real aunque provisional de la clasificación del suelo.

La parte apelante aportó junto con el escrito de recurso de apelación informe emitido por el arquitecto municipal D. Fernando Hernández, de fecha 3 de octubre de 2016 sobre el proceder a la hora de señalar en los informes que se emiten si el número de registro de entrada se mantiene en los consecutivos informes siempre sobre el mismo proyecto. E indica que si la actuación de obra mayor o menor ha obtenido ya licencia municipal y posteriormente se solicita por parte de cualquier órgano municipal un informe complementario, en el mismo se incorpora habitualmente el número de referencia de la petición inicial de dicha licencia y se añade a este dato la fecha de la Diligencia de Petición del informe complementario y el área de la que proviene. La fecha que se hace constar en el informe complementario ha de ser obviamente la que corresponde al día de emisión del mismo. Si por el contrario dicha petición de informe complementario es de un particular, se incorpora el número de registro de ésta última en el lugar que corresponda a la petición inicial de la licencia. No existiendo protocolo en la Oficina Técnica en tal sentido, pero se procede habitualmente en la forma indicada.

La sentencia impugnada en su fundamento jurídico undécimo, señala que es posible que la defensa de Juan Carlos de Tomás Martí ha presentado con ocasión de la petición de sobreseimiento un documento falso, elaborado por los funcionarios públicos D. Emilio La Roche y por el encausado D. Juan Carlos de Tomás Martí que obra a los folios 1624 a 1627 de las actuaciones. El documento controvertido aparece con el certificado del secretario del Ayuntamiento, D. Juan Carlos de Tomás Martí, señalando que coincide fielmente con el original.

Y razona el juez a quo que *“el mismo documento, ya sin sello del secretario municipal, fue incorporado en el acto de la vista por la defensa de Juan Carlos de Tomás Martí, obrante a los folios 2248 a 2251.*

*Este documento es idéntico a la licencia que figura, entre otros, a los folios 45 a 48, repetidos en los folios 251 a 254. El documento original fue elaborado por el técnico Emilio La Roche y quedó incorporado al expediente de concesión de licencia de obra mayor del edificio del Trompo. En el original figura que el suelo sobre el que se levanta esta construcción es rústico potencialmente productivo (folios 45 y 48, que llevan la denominación de A y D). Asimismo, en esta licencia se muestran las deficiencias o faltas de cumplimiento del Trompo.*

*El documento posiblemente falso, también fue redactado por Emilio La Roche, que así lo reconoció en el plenario.*

*En el acto de la vista, se le preguntó a Emilio La Roche por este documento de los folios 2248 a 2251. Emilio La Roche reconoció haber elaborado y firmado también este documento por petición de “alguien” de disciplina urbanística. Emilio La Roche justificó que le habían pedido que elaborase esta licencia aplicando, de forma simulada, el PGOU de 2004, en lugar del de 1990, pero que se trataba de una copia, sin otro valor.*

*Ahora bien, si ello fuese así, este documento no podría tratarse de un documento incorporado a ningún expediente administrativo del Ayuntamiento de la Orotava. En efecto, el número de registro coincide con el original. No puede haber dos documentos con el mismo número de*





registro. Por otra parte, es evidente que este documento contiene datos inveraces, pues en su primer folio (A) califica el suelo como suelo urbanizable no consolidado por la urbanización, a diferencia de lo que se indica en el folio (D).

Tomando como hipótesis la alegación de Emilio la Roche de que se trata de una simple prueba sin más valor, y que lo que ocurrió es que había tomado como modelo el original sobre el que escribió, por lo que no está incorporado a ningún expediente administrativo, ¿cómo es posible que el documento de los folios 1624 a 1627, tenga el sello del secretario del Ayuntamiento de que coincide con el original? ¿Con qué original? No puede existir un original de un documento público no incorporado a un expediente público.

¿Desde qué momento el secretario general de un Ayuntamiento puede dar fe de que un documento, propio de un expediente administrativo, y que no está en ningún expediente, coincide con su original?”

En base a los argumentos expuesto, el juzgado de lo penal considera que pudiera haberse cometido un delito de falsedad en documento público cometido por funcionarios públicos y acuerda procede deducir testimonio de la sentencia impugnada y otros señalados, por la posible comisión de un delito de falsedad documental por parte de D. Juan Carlos de Tomás Martí y de D. Emilio La Roch, así como del letrado D. Esteban Casanova Ruiz, defensa del encausado D. Juan Carlos de Tomás Martí, por haber incorporado al procedimiento judicial un documento falso en dos ocasiones.

Señala el juzgado a quo que este documento es esencial para el procedimiento, pues en él se pone de manifiesto el carácter rústico del suelo de la parcela sobre la que mayoritariamente se construyó El Trompo. Asimismo, constituye un documento esencial dentro del expediente de legalización de El Trompo.

Esta Sala entiende que la cuestión planteada parte de una valoración realizada por el juzgado de lo penal sobre la posible comisión de un delito de falsedad documental, que no tiene valor más allá de una mera denuncia, debiendo ser el juzgado de instrucción competente, quien valore la incoación o no del correspondiente procedimiento penal conforme al art. 269 de la LE.Criminal, y en su caso, acuerde practicarlas diligencias de investigación necesarias para la determinación de la naturaleza y circunstancia del hecho y personas responsables conforme al art. 777 de la LE.Criminal . No compete a esta Sala, con ocasión de la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 12 de agosto de 2016, entrar a valorar la posible comisión de un delito de falsedad documental, que excede del objeto de esta segunda instancia.

**VIGESIMONOVENO.-** Conforme a lo establecido en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no procede imponer las costas de esta segunda instancia a los apelantes, declarándolas de oficio.

Vistos los preceptos legales invocados, y demás de pertinente aplicación al caso, en atención a todo lo expuesto

## FALLO

**1º QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. AMBROSIO JIMÉNEZ QUINTANA contra la sentencia de fecha 12 de agosto de 2016 , dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de los de





Santa Cruz de Tenerife en su P..A . 323/2015, la cual revocamos en el sentido de dejar sin efecto la demolición parcial del centro comercial El Trompo, acordada en la mencionada sentencia y limitar la pena de inhabilitación especial impuesta en dicha sentencia, al ejercicio de actividad de carácter profesional, de construcción o edificación, manteniendo su duración.

**2ºQUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. ISAAC VALENCIA DOMÍNGUEZ contra la sentencia de fecha 12 de agosto de 2016 , dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de los de Santa Cruz de Tenerife en su P..A . 323/2015, la cual revocamos en el sentido imponer al recurrente las siguientes penas: por el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1 del C.P. , prisión de 6 meses con la accesoria de inhabilitación especial, para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C.P. en caso de impago, e inhabilitación especial para el ejercicio de actividad de carácter profesional, de construcción o edificación, por tiempo de 6 meses; y por el delito de prevaricación urbanística del art. 320.2 del C.P., las penas multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C.P. en caso de impago; e inhabilitación especial para todo cargo o empleo público, sea de una administración general, autonómica, regional o local, por tiempo de 7 años .

**3ºQUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. JUAN CARLOS DE TOMÁS MARTÍN contra la sentencia de fecha 12 de agosto de 2016 , dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de los de Santa Cruz de Tenerife en su P..A . 323/2015, la cual revocamos en el sentido imponer al recurrente las siguientes penas: por el delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1 del C.P. , prisión de 6 meses con la accesoria de inhabilitación especial, para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C.P. en caso de impago, e inhabilitación especial para el ejercicio de actividad de carácter profesional, de construcción o edificación, por tiempo de 6 meses; y por el delito de prevaricación urbanística del art. 320.2 del C.P., las penas multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del C.P. en caso de impago; e inhabilitación especial para todo cargo o empleo público, sea de una administración general, autonómica, regional o local, por tiempo de 7 años .

4º Se declaran de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y, de haberlas, a las partes personadas, haciéndoles saber su firmeza.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.





PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia, ha sido dada, leída y publicada, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.





## Mensaje LexNET - Notificación

### Mensaje

<b>IdLexNet</b>	201710158187131	
<b>Asunto</b>	Recurso de Apelación	
<b>Remitente</b>	<b>Órgano</b>	AUD.PROVINCIAL CIVIL-PENAL SECCIÓN 2 de Santa Cruz de Tenerife, Santa Cruz de Tenerife [3803837002]
	<b>Tipo de órgano</b>	AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
	<b>Oficina de registro</b>	OF. REGISTRO Y REPARTO AUD.PROVINCIAL CIVIL/PENAL [3803837000]
<b>Destinatarios</b>	HERNANDEZ HERREROS, RAFAEL [93]	
	<b>Colegio de Procuradores</b>	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
	HERNANDEZ ARROYO, JUAN PORFIRIO [113]	
	<b>Colegio de Procuradores</b>	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
<b>Fecha-hora envío</b>	27/06/2017 14:05	
<b>Documentos</b>	Caratula.pdf(Principal) Hash del Documento: 5cfd4955ebd956e106bceff8e757ff1184723d5d	
	Adjunto1.pdf(Anexo) Hash del Documento: 46eea4e8920bf076da674ca5cd944f0b8cd85eb7	
<b>Datos del mensaje</b>	<b>Procedimiento destino</b>	Recurso de Apelación Nº 0001221/2016

### Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
27/06/2017 14:32	HERNANDEZ HERREROS, RAFAEL [93]-Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife	LO RECOGE	
27/06/2017 14:10	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife (Santa Cruz de Tenerife)	LO REPARTE A	HERNANDEZ HERREROS, RAFAEL [93]-Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife

(\*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.



**REMITENTE:** Sección Segunda de la Audiencia Provincial. Santa Cruz de Tenerife

**DESTINATARIOS**

<u>Nombre</u>	<u>Nº colegiado</u>	<u>Colegio</u>
Juan Porfirio Hernandez Arroyo	113	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
Rafael Hernandez Herreros	93	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife

**DATOS DEL ROLLO**

NIG: 3802631220020002774  
Orden Jurisdiccional: Penal  
Rollo: Apelación sentencia delito 0001221/2016

**RESOLUCIÓN NOTIFICADA**

SENTENCIA TEXTO LIBRE ABSOLUTO