

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA
- SECCIÓN PRIMERA -

Apelación penal nº 9/2013
Procedimiento abreviado nº 74/2012
Juzgado Penal 1 Lleida

S E N T E N C I A N U M . 29/13

Ilmos. Sres.
Presidente
D. FRANCISCO SEGURA SANCHO
Magistrados
MERCE JUAN AGUSTIN
VICTOR MANUEL GARCIA NAVASCUES

En la ciudad de Lleida, a uno de febrero de dos mil trece.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, integrada por los señores indicados al margen, ha visto el presente recurso de apelación contra sentencia de 23/11/2012, dictada en Procedimiento abreviado número 74/12, seguido ante el Juzgado Penal 1 Lleida.

Son apelantes: **Pau Cabre Roure**, representado por la Procuradora CARMEN GRACIA LARROSA y dirigido por la Letrada OLGA VÁZQUEZ MOREIRAS, así como, **Olga Belli Martínez**, representada por la procuradora MACARENA OLLE CORBELLÀ y dirigida por el letrado FRANCES SAPENA GRAU, y **Miguel Sus Barluenga**, representado por el procurador JOSÉ LUIS RODRIGO GIL y defendido por la letrada SILVIA CEBOLLERO ORIACH.

Es apelado el **MINISTERIO FISCAL** y Ponente de esta resolución el Magistrado Ilmo. Sr. Victor Manuel Garcia Navascues.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Penal 1 Lleida se dictó sentencia en el presente procedimiento en fecha 23/11/2012, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "DECISIÓ Condemno MIGUEL SUS BARLUENGA, com autor criminalment responsable d'un delicte contra la ordenació del territori del art. 320.1 del Codi penal, ja definit, sense la concorrència de cap circumstància modificativa de la responsabilitat criminal, a la pena de 8 mesos de presó amb inhabilitació especial per al exercici del dret de sufragi passiu durant el termini de la condemna i inhabilitació especial per la feina o càrrec públic pel temps de 8 anys i condemno

MIGUEL SUS BARLUENGA, al pagament de les costes processals causades. Condemno OLGA BELLÍ MARTÍNEZ, com autora criminalment responsable d'un delicte contra la ordenació del territori del art. 320.1 del Codi penal, ja definit, sense la concorrència de cap circumstància modificativa de la responsabilitat criminal, a la pena de 8 mesos de presó amb inhabilitació especial per al exercici del dret de sufragi passiu durant el termini de la condemna i inhabilitació especial per la feina o càrrec públic pel temps de 8 anys i condemno OLGA BELLÍ MARTÍNEZ, al pagament de les costes processals causades.

Condemno PAU CABRE ROURE, com autor criminalment responsable d'un delicte contra la ordenació del territori del art. 320.2 del Codi penal, ja definit, sense la concorrència de cap circumstància modificativa de la responsabilitat criminal, a la pena de 8 mesos de presó amb inhabilitació especial per al exercici del dret de sufragi passiu durant el termini de la condemna i inhabilitació especial per la feina o càrrec públic pel temps de 8 anys i condemno PAU CABRE ROURE, al pagament de les costes processals causades. "

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación, mediante escrito debidamente motivado, del que se dio traslado a los apelados para adhesión o impugnación, evacuando dicho trámite en el sentido de impugnarlo, solicitando la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

TERCERO.- Remitidos los autos a la Audiencia, esta acordó formar rollo, y se designó Magistrado Ponente al que se entregaron las actuaciones, señalándose día y hora para deliberación y votación.

HECHOS PROBADOS

Se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, excepto los siguientes párrafos, que se suprimen: "(...) a pesar de que conocían que conforme a la normativa vigente no se podía construir en el citado terreno una nave para una empresa de transportes (Hecho Probado 4º)" y "a pesar de saber que no se podía construir una nave de transporte ni conforme a la normativa vigente desde el mes de febrero de 2000, por tratarse de suelo no urbanizable ordinario de carácter agrícola o rural ni conforme a la normativa anterior por ser suelo no urbanizable ordinario" (Hecho Probado 5º).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que condena a Miguel Sus Barluenga y Olga Bellí Martínez, como autores de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.1 del Código Penal y a Pau Cabré Roure, como autor de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 320.2 del mismo texto legal, interponen las defensas de los tres acusados recurso de apelación alegando, en síntesis y de manera conjunta, como primer motivo, la prescripción del delito y, en segundo lugar, infracción del principio constitucional de presunción de inocencia, al no existir prueba incriminatoria apta para desvirtuar dicha presunción, habiendo incurrido la Jueza "a quo" en una errónea valoración de la actividad probatoria desarrollada en el plenario,

fundamentalmente en el extremo relativo a la concurrencia del elemento subjetivo del delito, con la consiguiente infracción de precepto legal, por aplicación indebida del artículo 320 del Código Penal; por todo ello, interesan la revocación de la sentencia de primera instancia y la subsiguiente absolución de los acusados, con todos los pronunciamientos favorables.

Por su parte, el Ministerio Fiscal impugna los recursos e interesa la íntegra confirmación de la resolución.

SEGUNDO.- El primer motivo de impugnación debe ser desestimado; en primer lugar, el plazo de prescripción del delito que nos ocupa, tanto con arreglo a la legislación vigente en el momento de los hechos como con la regulación actual, atendiendo a la pena máxima señalada por la ley conforme al artículo 131 del Código Penal y no a la efectivamente impuesta, es de 10 años, al estar castigado con pena grave, concretamente inhabilitación por más de cinco años en la actual regulación (artículo 33.2 c) del Código Penal) o inhabilitación especial por tiempo superior a tres años con la legislación anterior; dicho esto, el “dies a quo” para el cómputo del plazo de prescripción debe fijarse en la fecha de emisión de los respectivos informes por los acusados Sr. Sus y Sra. Bellí, es decir, 3 de diciembre de 1999 y en la fecha de votación a favor de la licencia respecto al Sr. Cabré, concretamente, 6 de junio de 2000; a partir de aquí, lo que debe resolverse, conforme a la nueva regulación del artículo 132.2 del Código Penal, es cuando el procedimiento se dirigió contra la persona indiciariamente responsable del delito y más concretamente, cuando debe considerarse que recayó resolución judicial motivada en la que se atribuya su presunta participación en el hecho delictivo.

Sobre lo que debe entenderse por resolución judicial motivada dice la STS núm. 7384/2012, de 12 de noviembre de 2012: “Es, pues, una resolución judicial por la que se atribuye a una persona determinada y nominada, su presunta participación en un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta. Sobre este aspecto, no hay duda alguna. Ahora bien, el art. 132.2.1^a del Código Penal, exige que tal resolución judicial lo sea motivada. La motivación requerida, en tanto que únicamente se contrasta con lo relatado por el denunciante o querellante en su escrito de denuncia o querella, ha de limitarse precisamente a eso: un juicio de verosimilitud sobre la calificación delictiva de los hechos denunciados y su presunta atribución al querellado o denunciado, sin que en tal momento procesal puedan llevarse a cabo mayores explicaciones ni probanzas, en tanto dicha resolución judicial es precisamente la que abre la investigación judicial; carecería de sentido, en consecuencia, exigir mayor motivación que la expuesta. Ahora bien, si tal resolución judicial entendiera que los hechos puestos en conocimiento del juez no son, indiciariamente, constitutivos de delito, no podría -claro es-, tal resolución, interrumpir la prescripción, porque ordenaría el archivo de las actuaciones por dicha razón, suspendiéndose su virtud interruptora hasta que, mediante el oportuno recurso, se resolviese lo procedente, conforme ya hemos analizado con anterioridad.”

En el mismo sentido, la STS núm. 528/2011, de 8 de febrero de 2011, que consideró que la prescripción del delito quedaba interrumpida por medio de una providencia en la que se acordó la práctica de las diligencias interesadas por el Ministerio Fiscal y que se incoaran diligencias previas contra unos funcionarios de policía, que luego resultaron acusados, indicando que la citada providencia tenía

efectos interruptivos conforme a la jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional, ya que no es de mero trámite sino que determina que se abra el procedimiento contra determinadas personas, por lo que se estaba dirigiendo el procedimiento contra ellas.

En este caso, contrariamente a lo que sostienen los recursos, que fijan el "dies ad quem" para el cómputo de la prescripción en el auto que acordó la continuación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado, de fecha 29 de junio de 2011, existe una resolución judicial, de fecha 22 de julio de 2009, dictada dos meses después de la recepción del atestado, que cumple la exigencia de motivación antes aludida, al reunir los requisitos necesarios para cumplir el mínimo exigible en términos de motivación, cuya finalidad última es la de no generar indefensión; así, es de resaltar en este punto que el auto se remite a los hechos que resultan del atestado, lo que es suficiente, pues está aceptada por la doctrina la motivación por remisión y, lo que es más relevante, incluye el examen de la tipicidad de los hechos imputados en la medida que se estima que presentan características de infracción penal, acordando la declaración en calidad de imputados de diversas personas, entre ellas los a la poste acusados, es decir, no descartándose en ningún momento, sino todo lo contrario, la existencia de delito, resolución que, además, no fue recurrida; concurren, pues, todos los elementos para tener por interrumpida la prescripción en la fecha de incoación de las diligencias previas, 22 de julio de 2009, razón por la cual el motivo de impugnación debe ser desestimado.

TERCERO.- Entrando ya en la cuestión de fondo planteada, en relación a la presunción de inocencia, establece el Tribunal Constitucional en Sentencias como la de 16 de Enero de 2006 que: "Según ha declarado este Tribunal en otras ocasiones, en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure" (por todas, STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 8).

De tal afirmación se desprende inequívocamente que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea difícil y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de prueba indiciaria.

Pues si bien "el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho" (STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 9), y la presunción de inocencia "es una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba" (SSTC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 2.b; 120/1998, de 15 de junio, FJ 6), y no sobre su calificación jurídica (STC 273/1993, de 27 de septiembre, FJ 3), ello no obstante, en la medida en que la actividad probatoria que requiere el artículo 24.2 de la Constitución Española ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los "elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad" (SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 4; 93/1994, de 21 de marzo, FJ 2; 87/2001, de 2 de abril, FJ 8).

De manera que únicamente cabe considerar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia “aquélla encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo ... por una parte, y, por la otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad” (STC 33/2000, de 14 de febrero, FJ 4; 171/2000, de 26 de junio, FJ 3); características subjetivas que, a su vez, únicamente pueden considerarse suficientemente acreditadas cuando “el engarce entre los hechos directamente probados y la intención que persigue el acusado con esta acción se deduce de una serie de datos objetivos que han posibilitado extraer el elemento subjetivo del delito a través de un razonamiento lógico, no arbitrario y plasmado motivadamente en las resoluciones recurridas” (STC 91/1999, de 26 de mayo, FJ 4).

Asimismo, establece el Alto Tribunal, en Sentencias como la de 24 de Octubre de 2005 que “centrados ya en el examen del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cuya lesión es alegada por el solicitante de amparo, este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que el núcleo esencial de ese derecho fundamental, “como regla de juicio, se identifica con el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías, a través de las cuales pueda considerarse acreditado el hecho punible con todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, incluida la participación del acusado en los mismos... Por ello hemos afirmado la necesidad de que la prueba así practicada sea valorada y debidamente motivada por los Tribunales, con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia” (STC 56/2003, de 24 de marzo, FJ 5, inter alia”).

Por otra parte, en cuanto a la valoración de la prueba debe recordarse que toda la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, viene a sostener que cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de Instancia en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, debe partirse de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el juez ante el que se ha celebrado el acto solemne del 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 acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), pudiendo el Juzgador desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente resultado, así como la forma de expresarse y conducirse los testigos en su narración de los hechos y la razón de conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia.

De ahí, que el uso que haya hecho el juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, reconocida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y plenamente compatible con los derechos de presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o rzone adecuadamente en la sentencia (sentencias

del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1985, 23 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987 y 2 de julio de 1990, entre otras), únicamente debe ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio, por no existir el imprescindible soporte probatorio de cargo, vulnerándose entonces el principio de presunción de inocencia, o bien cuando un detenido y ponderando 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 existen en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

En definitiva, podemos decir que sólo cabe revisar la apreciación hecha por el juez de la prueba recibida en el acto del juicio oral en la medida en que aquélla no dependa sustancialmente de la percepción directa o inmediación que el mismo tuvo con exclusividad y, en consecuencia, el juicio probatorio sólo será contrastable por vía de recurso en lo que concierne a las inducciones y deducciones realizadas por el Tribunal a quo, de acuerdo con las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos, pero no en lo relativo a la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídas por el Juzgador (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 1.990). En la misma línea, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de noviembre de 2001 o la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2000.

CUARTO.- Partiendo de dicha doctrina constitucional, reexaminadas las actuaciones en esta alzada, este Tribunal no puede compartir la valoración probatoria efectuada por la Jueza "a quo", como fundamento fáctico de su fallo condenatorio.

El artículo 320 del Código Penal, en su redacción vigente en la fecha de los hechos castigaba, por un lado, a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes y por otro lado, a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

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”.

Expone asimismo la STS de 4 de junio de 2012 que “En el caso del artículo 320 CP, nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), lo que implica algunas diferencias. Así, 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 su interpretación del precepto y en la diferenciación entre los conceptos de nulidad de pleno derecho a que se refiere el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de prevaricación, la mencionada STS núm. 497/2012 señala que “La acción típica consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, lo que, según reiterada jurisprudencia, puede manifestarse en su dictado sin tener la competencia legalmente exigida, en la falta de respeto a las normas esenciales del procedimiento, en la contravención en su fondo de lo dispuesto en la legalidad vigente, en una desviación de poder, etc. (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). También puede apreciarse en casos de total ausencia de fundamento, de omisión de trámites esenciales del procedimiento, de patente extralimitación de la legalidad o de abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio hacia los intereses generales. Ello revela que, para el legislador, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito. No basta, pues, con la contradicción con el derecho: para que una acción pueda calificarse como delictiva será preciso ese “plus”, concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución “injusta” y/o “arbitraria”.

Además, 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 STS núm. 766/1999, de 18 de mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución “a sabiendas”, se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP -y, por su expresa conexión, del art. 320 CP- 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 ese resultado, anteponiendo el contenido

de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

En conclusión, serán requisitos de este delito:

1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la absoluta falta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4) que ocasione un resultado materialmente injusto; y 5) que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

QUINTO.- Así pues, para que la conducta de los aquí acusados fuera constitutiva del delito referenciado y cuyo estudio jurisprudencial ha sido expuesto en el fundamento jurídico anterior, habría sido precisa la acreditación de que en su ánimo hubiera concurrido la finalidad de hacer efectiva su voluntad particular, con el conocimiento de actuar en contra del derecho, es decir, lo que el artículo 320 identifica como “a sabiendas de su injusticia” y que entraña directamente con la patente arbitrariedad de la resolución.

Sin embargo, en el supuesto concreto objeto de enjuiciamiento, ha de afirmarse que la Sala considera que del conjunto de la actividad probatoria practicada en el Plenario no cabe inferir con un margen de probabilidad rayano en la certeza la concurrencia de los presupuestos referenciados.

En primer lugar, para el estudio de la cuestión ha de partirse de cuál era la situación normativa existente en la materia en el momento de la comisión de los hechos.

El artículo 90 de las Normas Subsidiarias aplicables en la localidad de Alpicat tanto en la fecha de solicitud de la licencia como en la fecha de emisión de los respectivos informes, técnico y jurídico, por parte de la Sra. Bellí y el Sr. Sus, respectivamente, recogía los usos permitidos en el suelo no urbanizable ordinario, como el que nos ocupa, entre los que se incluían las industrias de interés local, recogiendo seguidamente una prohibición absoluta de uso industrial en un área determinada que no englobaba la finca a la que afectaba la licencia objeto del procedimiento; en fecha 10 de noviembre de 1999 se aprobaron las nuevas Normas Subsidiarias de Alpicat, que se publicaron en el DOGC en fecha 9 de febrero de 2000 (por lo que estaban vigentes en el momento de la votación a favor de la concesión de la licencia), que calificaban el terreno como suelo no urbanizable ordinario de carácter agrícola o rural, restringiendo de este modo el uso de este tipo de suelo, pues debía ser agrícola, aunque admitiéndose como compatible el uso ganadero y, de forma condicionada, otros usos diversos.

Por otro lado, queda fuera de toda que la Sra. Bellí firmó el informe técnico que figura en el folio 115 de las actuaciones, considerando procedente conceder la licencia y, asimismo, el Sr. Sus informó favorablemente la citada concesión, tras firmar el informe jurídico que obra justo debajo del anterior; en el mismo sentido, también resulta incuestionable que el Sr. Cabré, junto con otros miembros de la comisión de gobierno, votó a favor de la concesión de la licencia en la sesión

municipal celebrada en fecha 6 de junio de 2000.

Ahora bien, dicho esto, y partiendo de que la construcción de la nave para empresa de transportes en dicho suelo no urbanizable ordinario sí podía autorizarse de acuerdo con el artículo 90 de las Normas Subsidiarias vigentes en el momento de la emisión de los informes, técnico y jurídico, aunque, eso sí, previa la declaración de interés local de la industria solicitante, trámite y posterior declaración que fueron omitidos, la cuestión radica en determinar si tal omisión constituye el tipo penal del artículo 320 del Código Penal o si, por el contrario, es una mera ilegalidad cuyas consecuencias serían en su caso las propias previstas en la legislación administrativa, de lo que, a su vez, podrá extraerse el conocimiento por los acusados de la injusticia y arbitrariedad de su resolución.

Conviene resaltar 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 normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). 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; de forma que su finalidad general es la de someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y además la dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Sin embargo, no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. Para ello, es preciso algo más; esto es y como con reiteración ya hemos dicho que este no cumplimiento de la legalidad no tenga base interpretativa ninguna que así pudiera ampararlo por arbitrarria e injusta.

Pues bien, la Sala no entiende acreditado que el secretario en sustitución y la arquitecta municipal hubieran emitido dichos informes favorables a la concesión de la licencia a sabiendas de su injusticia ni que el alcalde votara a favor de la misma con el conocimiento de que se trataba de una resolución manifiestamente arbitraria, por los motivos que a continuación expondremos.

En primer lugar, debe destacarse la omisión en dichos informes técnico y jurídico, tratándose además de modelos estandarizados, de toda referencia a la calificación de la zona en la que se pretende realizar la obra, así como a las condiciones particulares que deben cumplirse, apareciendo por contra convenientemente cumplimentado el apartado relativo a la valoración de las obras a realizar con la finalidad de liquidar el correspondiente impuesto sobre construcciones, lo que

concuerda con el modo de actuar expuesto por el Sr. Sus, secretario en sustitución cuando el titular estaba ausente o enfermo y, por tanto, con un conocimiento jurídico limitado, aunque con la categoría de personal administrativo del Estado, que trabajaba en el ayuntamiento desde 1964, al exponer que se encargaba de registrar las solicitudes de licencia de obras y las remitía al personal técnico para que valorara la obra y así poder liquidar el impuesto, lo que evidencia la aplicación de un procedimiento rutinario centrado en el aspecto recaudatorio; incluso el Sr. Sus expuso que ni siquiera sabía que lo que firmaba era un informe, así como que la necesidad de una previa declaración de interés local de la industria solicitante de la licencia debería haberla advertido un asesor jurídico; por su parte, la Sra. Bellí consideró, como efectivamente así era conforme a la legislación vigente en el momento de la emisión de su informe, que la obra sí podía autorizarse al ser un terreno ubicado fuera de las zonas en las que expresamente se prohibía el uso industrial y poder considerarse como industria de interés local, aunque efectivamente no hizo constar en dicho informe la necesidad de una previa declaración formal de dicho interés, al considerar que no existía un procedimiento concreto para dicha declaración.

En este punto conviene resaltar que las Normas Subsidiarias de 1990, en su artículo 92, preveían las instalaciones de utilidad pública o interés social que hubieran de situarse en el medio rural, remitiéndose al procedimiento establecido en el artículo 44 del Reglamento de Gestión Urbanística y haciendo referencia al supuesto de que fuera el propio municipio el que efectuara dicha declaración de utilidad pública o interés social, debiendo tramitarla de manera independiente, con apertura de un periodo de información pública; a ello debe añadirse, aunque también en referencia a la declaración de utilidad pública o interés social, no específicamente en referencia a la consideración como “industria de interés local”, que el informe elaborado por el “Departament de Territori i Sostenibilitat” expone que las autorizaciones en suelo no urbanizable se resolvían en aquella época conforme al artículo 127 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, con el procedimiento antes referido del artículo 44 del Reglamento de Gestión Urbanística (es decir, información pública y autorización por parte de la Comisión Provincial de Urbanismo) y que, analizadas las bases de datos de resoluciones de las Comisiones de Urbanismo de Cataluña, se valoraba positivamente para conceder la autorización que se tratara de ampliaciones de una actividad existente, la ausencia de suelo clasificado adecuado en el municipio y la justificación concreta de interés social en términos de actividad económica y puestos de trabajo; en este caso, tal como consta en el mismo informe, en el mes de junio de 2000 no existía suelo industrial disponible inmediatamente en el municipio de Alpicat; en otro orden de cosas, no consta la autoría material de la modificación efectuada en la solicitud de la licencia de obras, concretamente, en el objeto de la licencia y en la fecha.

Es también sumamente ilustrativa cuál era la situación del momento, expuesta no sólo por el acusado Sr. Cabré sino también por el testigo Sr. Robert Queralt Roure, a la sazón teniente de alcalde del ayuntamiento y regidor de agricultura y medio ambiente, quien manifestó que en aquella época no había polígono industrial en Alpicat y que otras empresas estaban ubicadas en terreno no urbanizable, así como que, en aquella fechas, años 1999-2000, ya había mucha demanda de licencias de obra y en el ayuntamiento contaban con muy poco personal, la arquitecta trabajaba pocas horas y no tenían asesor jurídico; dicho testigo expuso,

igualmente, que el alcalde tenía delegadas las decisiones en materia de licencia de obras en la comisión de gobierno, de la que él también formaba parte y a la que no llegaban las solicitudes que previamente habían sido informadas desfavorablemente por los técnicos, comisión de gobierno que aprobó por unanimidad la concesión de la licencia, basándose en los informes, técnico y jurídico.

A todo ello debe añadirse que, efectivamente, aunque el acusado Sr. Cabré, alcalde del municipio, pudiera tener conocimiento de que la empresa solicitante de la licencia se dedicaba al sector del transporte (así lo acredita la declaración del representante de la empresa solicitante de la licencia de obras, Sr. Consuegra) y de que el suelo en el que se pretendía construir era no urbanizable, no puede extraerse de lo practicado en el acto del juicio oral, con la certeza necesaria, que a sabiendas de su injusticia hubiera dictado una resolución arbitraria cuando procedió, sin la previa declaración de interés local de la industria solicitante, a votar a favor de la concesión de la licencia de obra, máxime cuando la comisión de gobierno emitió voto unánime en el mismo sentido, siguiendo estrictamente los informes técnicos favorables, con el convencimiento de que lo que resolvían se ajustaba a la legalidad (aunque se diera la circunstancia de que se habían emitido cuando aún no había entrado en vigor una normativa más restrictiva en cuanto a los usos permitidos en el terreno, que sí estaba vigente cuando se efectuó dicha votación); máxime considerando el contexto en que se produjeron los hechos y la posibilidad legalmente permitida de emplazar en suelo no urbanizable empresas de interés local, calificación que, ciertamente sin previo procedimiento ni declaración formal en tal sentido, consideraban los acusados que ostentaba la empresa “Transambiental, S.L.”, tomando en consideración igualmente que había otras empresas ubicadas en suelo no urbanizable ante la ausencia en dicha época de uso industrial en el municipio, extremo éste valorado como favorable a una eventual declaración de utilidad pública o interés social por la Comisión Provincial de Urbanismo, según se ha indicado.

Ante todo ello, ha de decirse que la conducta de los acusados no puede ser tachada de arbitraría pues, no probadas otras motivaciones, no cabe hablar de que obraran con conocimiento de actuar al margen del ordenamiento jurídico y con la voluntad de convertir su propio interés o capricho en ley, es decir, que conocieran con seguridad la ilegalidad de la resolución adoptada, con clara conciencia de arbitrariedad o ilegalidad de la misma (STS de 18 de mayo de 1999 y de 28 de marzo de 2006).

Por tanto, la prueba practicada no permite en modo alguno afirmar de forma categórica, concluyente y terminante, más allá de toda duda razonable que en la actuación de los acusados concurra el elemento subjetivo definitorio del delito de prevaricación imputado, pues, en atención a las circunstancias antedichas, esta Sala llega a la convicción de que tales circunstancias introducen una abstracción que genera una duda razonable con virtualidad eficiente como para proclamar la plena vigencia del derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española.

Y ante ello, faltando la cumplida prueba de la arbitrariedad y la injusticia a sabiendas de la resolución dictada, necesariamente y por no concurrir los

elementos del tipo penal ha de dictarse sentencia absolutoria, declarando de oficio las costas procesales de ambas instancias (artículo 240.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

ESTIMAMOS los recursos de apelación deducidos por la representación procesal de PAU CABRÉ ROURE, OLGA BELLÍ MARTÍNEZ y MIGUEL SUS BARLUENGA, contra la sentencia dictada en fecha 23 de noviembre de 2012 por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Lleida, aclarada por auto de fecha 28 de noviembre de 2012, que **REVOCAMOS**, absolviendo libremente a los acusados del delito contra la ordenación del territorio que se les imputaba, con todos los pronunciamientos favorables y declarando de oficio las costas de ambas de instancias.

La presente sentencia es firme, al no caber contra la misma recurso alguno.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución para su cumplimiento.

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