



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
CASTILLA Y LEON
SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

ROLLO DE APELACION NUMERO 25 DE 2020

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZAMORA

ROLLO NUMERO 7/2019

JUZGADO DE INSTRUCCION NUMERO 2 de ZAMORA

-SENTENCIA N° 34/2020-

Señores :

Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez

Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Alvarez Fernández

Ilmo. Sr. D. Ignacio María de las Rivas Aramburu

En Burgos, a veinticinco de Junio de 2.020.

La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Audiencia Provincial de Zamora, seguida por el delito de prevaricación urbanística, contra ROBERTO CISNEROS SANABRIA, cuyos datos y circunstancias ya constan en la sentencia impugnada, y otros, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el mismo, representado por el Procurador Don Javier Robleda Fernández y defendido por el Letrado Don Ramón Hernández Hernández, siendo apelado el MINISTERIO FISCAL, y **Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Javier Alvarez Fernández.**

-ANTECEDENTES DE HECHO-

PRIMERO. - La Audiencia Provincial de Zamora, en la causa de que dimana el presente Rollo de Sala, dictó sentencia, en fecha 4 de Febrero de 2.020, en la que se declaran probados los siguientes hechos:

*“**PRIMERO.-** Los acusados Pablo Peláez Vega y Julia Domínguez González, mayores de edad y sin antecedentes penales, de profesión constructor el primero, quien en el año 2.017 había realizado obras de construcción para el otro acusado, Roberto Cisneros Sanabria, cuyo impago le reclamó mediante demanda de procedimiento monitorio en el año 2.019, en el año 2.017, que tenía contratado a varios obreros, y no consta que fuera agricultor, ni tuviera alguna explotación agrícola o ganadera, ni maquinaria agrícola o aperos de labranza, y licenciada en Veterinaria, la segunda, propietarios al cincuenta por ciento cada de las parcelas números 7 y 8 , situadas en el polígono 37 del paraje denominado Costón de la localidad de la Torre de Aliste , termino municipal de Mahide, Zamora, de 489 y 661 m² , respectivamente, con domicilio ambos en la citada localidad, cuyas parcelas están clasificadas como suelo rústico y uso principal agraria, que lindan al norte con camino de tierra de servidumbre que sirve de acceso a otras fincas, al sur con parcela 6; al este con camino de suelo de hormigón y al oeste con parcelas 9 y 10 del mismo polígono, y las cuales tienen acceso a través de un camino firme de hormigón, a lo largo del cuyo recorrido hay registro dela red de saneamiento de la población de La Torre de Aliste contrataron al arquitecto don Ángel Fernández Poyo para que elaboración de un proyecto básico y de ejecución de un nave para aperos de labranza en fecha marzo de 2.017, cuyos datos del proyecto básico de ejecución son los siguientes. **1)** la finalidad del promotor es para uso propio; **2)** Emplazamiento en las parcelas 7 y 8 del polígono 37, La Torre de Aliste, clasificado como suelo no urbanizable; **3)** Un edificio a construir para explotación agrarias, ganaderas, construcción permanente fija sobre terreno, provista de cubierta y limitada por muros exteriores o medianeros, figurando en proyecto que son edificios residenciales los que tienen más del 50 % de superficie (excluidos bajos y sótanos) destinados a vivienda familiar o residencia colectiva); **4)** la superficie del terreno ocupado por la edificación a construir era de 190 m² con superficie de parcela afectada por el proyecto 750 m²; **5)** El tipo constructivo de la nave es muros de carga, estructura horizontal unidireccional, cubierta inclinada, cerramiento exterior cerámicos y carpintería exterior de aluminio; **6)** Instalaciones de evacuación de aguas residuales, suministro de agua potable y electricidad; **7)** La tipología de la obra era de reforma , sin vaciado de edificio que suponía cambio de destino principal; **8)** Es una nave para aperos de labranza, en terreno rústico común, de 190 m² de superficie; **9)***

La nave estaba proyectada en dos parcelas catastrales diferentes del mismo polígono; 10) A la parcela se accede desde el camino del Calvario, el cual se encuentra pavimentado y con los servicios municipales, de potencia y caudal para servir a lo que esta nave requiere, de abastecimiento de agua, red de alcantarillado y red eléctrica de baja tensión; 11) La normativa Urbanística es sin delimitación de planeamiento urbanístico; 12) El planeamiento urbanístico de aplicación son las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal con ámbito Provincial de Zamora. El terreno es calificado de suelo rústico común, en que está permitido la nave agropecuaria. Se exige parcela mínima de 4 has, al ser seco. Se incluyen el proyecto un número de parcelas de diferentes polígonos cuya superficie suman 4,43 Has. Se plantean materiales que no resulten una agresión contra el paisaje, para ello se ha considerado la cercanía de la nave al núcleo urbano, con forma sencilla y teja roja y revestimiento exterior de morteros rústicos entonos terrosos propios de la arquitectura tradicional; 13) La ficha urbanística figura como suma de parcelas 4,453 Has, 190 m²<<0,2 m²/m², una planta, 3,50 metros altura a cornisa y retranqueo > 5m frente y >3 m² metros resto; 14) Planta baja de forma rectangular, con dos espacios claramente diferenciados y separados por un muro de carga; uno de ellos para espacio principal un de accesos (5,05 m²) como zona para aperos de labranza (106,80 m²) junto al que se habilita un espacio para herramientas y similares (5,80 m²) y, el otro, para dejar el tractor y un remolque (40,65 m²) al que se le realiza un pequeño vestuario con su aseo, compuesto de inodoro, lavabo y ducha (11,80 m²), 15) El alzado principal dispone de una ventana con rejas, puerta seccionable de 3,50 metros de anchura y puerta de acceso de chapa de 1,30 metros de anchura, el alzado posterior es un muro de cerramiento sin huecos, el alzado lateral derecho dispone de una ventana con rejas y una puerta plegada de 3 metros de anchura y el alzado lateral izquierdo dispone de dos ventanas con rejas, 16) Se proyecta un red de saneamiento que discurre desde la zona número 2, hasta el vestuario y desde el vestuario, a través de la zona 1, en dirección a la fachada principal hasta salir al exterior de la nave donde se encuentra con una arqueta de paso, para continuar su trayectoria hasta otra arqueta sifónica y continuar hasta la red general municipal de saneamiento. Asimismo, dispone de red de abastecimiento de agua desde la estancia de vestuario, atravesando la zona 2 para llegar a la red general municipal de abastecimiento de agua, previa a pasar por el contador; 17) La estructura es un muro perimetral de carga realizado con termoarcilla de 24 cms sobre el que se apoya un forjado de hormigón, junto con pilares, tres de ellos en el interior de la zona 1, y pórticos de hormigón; 18) Se proyecta la instalación eléctrica con la colocación de varios puntos de luz en las dos zonas, alumbrado de emergencia y extintor.

SEGUNDO.- *Mediante escrito de fecha 27 de marzo de 2.017, el acusado, don Pablo Peláez Vega, registrado el día 27 del mismo día, presentó solicitud de licencia urbanística municipal para llevar a cabo la construcción de una instalación agropecuaria de pequeño tamaño, acompañando el proyecto básico y de ejecución de una nave para aperos de labranza a realizar en las parcelas 7 y 8 del polígono 37 de la Torre de Aliste (Zamora), y con*

cita del Decreto Ley 1/2.015 del Texto refundido de la Ley de Prevención Ambiental, manifestaba que solo precisaba comunicar al Ayuntamiento para iniciar la actividad.

*Se dictó providencia por el Alcalde de Mahide, el acusado Roberto Cisneros Sanabria, pues La Torre es una pedanía de Mahide, de fecha **27 de marzo de 2.017**, en la cual se ponía de manifiesto que se había examinado la documentación acompañada con la solicitud, reflejando en la providencia, un resumen, de la solicitud, lugar de construcción y las fincas, solicitando al Secretario del ayuntamiento que emitiera informe, el procedimiento a seguir y se comunicase a los Servicios del S.A. M de la Diputación para que emitiera informe.*

*Con fecha **28 de marzo de 2.017** se emite informe por el Secretario del Ayuntamiento, en el cual se pone de manifiesto la competencia del alcalde resolver sobre el otorgamiento de la licencia; que al tratarse de la solicitud de una licencia de construcción e instalaciones de nueva planta, indicando el uso al que se va a destinar, es necesario informe técnico y jurídico de la Diputación Provincial, debiendo remitir el expediente a la Diputación para la emisión del informe técnico.*

*Con fecha **3 de mayo de 2.017** se remite por la diputación Provincial de Zamora el informe de obras para construcción de una nave de aperos de labranza, interesada por Pablo Peláez Vega en la localidad de la torre de Aliste. El Arquitecto Técnico del Servicio de Arquitectura y Urbanismo dela Diputación Provincial de Zamora emite informe fechado el día 28 de abril de 2.017 en sentido desfavorable la documentación presentada en base al punto 2 de las consideraciones, las cual, en forma resumida son las siguientes, poniendo de relieve que el Planeamiento que afecta al Municipio es Delimitación de Suelo Urbano, sin Ordenanzas, ubicado la actuación ew3n Suelo No urbanizable, siendo de aplicación las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal con Ámbito Provincial, para la comarca de los Valles, Aliste y Sayago, siendo aplicación la Ordenanza de las Normas de Protección para Suelo No Urbanizable (rústico): el proyecto de nave presentado incumple la normativa urbanística y sectorial de aplicación: **1)** la edificación de la edificación es dos parcelas con distintas referencias catastrales por lo que deberán unificarse en una sola previa a la licencia de obras; **2)** Al ser una nave industrial de uso agrícola , deberá justificar y presentar el Reglamento de Seguridad contra Incendios en los Establecimiento Industriales (Real Decreto 2264/2.004 de 3 de diciembre; **3)** Considera que la parcela cumpla la normativa sobre Unidad Mínima de Cultivo (artículo 34 de la Normas Subsidiarias), pero no la referencia a la afectación registral de la explotación a todas las parcelas hasta completar la U.M.C , la cual deberá justificar y presentar; **4)** Debe justificar ante el ayuntamiento la condición de agricultor a título principal o sociedad que desarrolle su actividad agraria en cualquier forma o civil o mercantil, así como la superficie de la finca, tipo y dimensión de la explotación, que permita relacionar la actividad ejercida con la construcción pretendida y presentarlo (artículo 37 N.S.); **5)** Las edificaciones mantendrá el carácter de aisladas y, por lo que dispondrán a su costa, de abastecimiento de agua y energía eléctrica suficiente y*

resolverán la depuración de vertidos, lo cual deberá determinar; **6)** Las administraciones públicas no puede ejecutar directamente ni financiar, promover o apoyar de ningún modo la realización de obras de urbanización que vulneren lo dispuesto en el artículo 55 del R.U Cl.; **7)** El solicitante deberá presenta la documentación que prevé la Ley de Prevención Ambiental de Cl., **8)** analizado el proyecto y su finalidad no se entiende el destino de la zona I, donde existen pilares que dificultan la maniobrabilidad de maquinaria; la construcción no se ajusta a la tipología propia, de una nave de maquinaria agrícola, pues se configura , baja, de poca altura, con muros de carga , con ventanas predispuestas en lugares determinados , con forjados superior horizontal, porche de acceso y formación de pendiente para faldones.

Tras el indicado informe se dio traslado al solicitante, quien mediante escrito de fecha **23 de mayo de 2.017** hizo alegaciones al informe de la Diputación, indicando que había aspectos en el informe que son competencia puramente municipal y es el ayuntamiento el que debe decidir: Como no es una actividad agropecuaria la que se pretende establecer, ello implica que el solicitante tenga que justificar ante el ayuntamiento su condición de agricultor; el promotor, como se hace en otros municipios, puede agrupar en el catastro las dos parcelas y vincular registralmente las necesarias para la formación de la parcela mínima al terminar las obras; la parcela y otras próximas están dotadas de servicios urbanos, cosa distinta es que el ayuntamiento permia las conexiones; no hay motivo urbanístico para denegar la licencia de obra para la nave, cuyas alegaciones presentadas por escrito se tomaron del informe emitido por el Arquitecto que elaboró el proyecto básico aportado con la solicitud de la licencia urbanística, lo que reprodujo el alcalde en su informe de fecha 7 de noviembre de 2.017 emitido a instancia de la Guardia Civil que estaba realizando las investigaciones sobre la comisión de un delito contra la ordenación del territorio

El mismo técnico de la Diputación Provincial de Zamora emitió nuevo informe fechado el **12 de junio de 2.017**, antes las alegaciones del solicitante, que prácticamente es idéntico al primer informe, eliminando la alusión a la necesidad de presentar el Reglamento de Seguridad contra Incendios en los Establecimiento Industriales y añadiendo algún dato más relativo a la inadecuación entre la finalidad del proyecto con la configuración de lo proyectado.

Con fecha **4 de julio de 2.017** se dictó providencia por el alcalde de Mahide ,disponiendo que por los Servicios Técnicos Municipales y los Servicios Jurídicos/Secretaría se emita informe previo a la resolución, pronunciándose sobre la conformidad de la solicitud a la Normativa urbanística y a las demás Normas aplicables y sobre la necesidad de informo autorización preceptiva de alguna Administración Pública a los efectos de lo dispuesto en el artículo 293.4 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, que pro la Secretaría se emita informe previo a la resolución.

Con fecha **26 de julio de 2.017** se emite informe jurídico por el secretario en procedimiento de licencia de obra Mayor, licencia Urbanística Municipal, en el cual se informa desfavorablemente a la concesión de la licencia, debiéndose procede a no conceder

la licencia de obra solicitada con sujeción a las condiciones generales establecidas en la legislación vigente y especiales que se indican en el informe de los servicios técnicos. En el indicado informe, en cuyas consideraciones resalta que el expediente se ha tramitado de conformidad con la normativa vigente, evacuando por los distintos Organismo con competencia en materia los informes sectoriales preceptivos todos ellos en sentido favorable y que la competencia para otorgar las licencias corresponde al Alcalde la Corporación, destaca la finalidad de la obra cuya licencia se interesa; los dos informes desfavorable, con indicación de las fechas de emisión, a la concesión de la licencia por parte del Arquitecto Técnico del Servicios de Arquitectura y Urbanismo de la Diputación Provincial, a que hemos hecho referencia en los hechos probados; la razón del informe desfavorable de no resultar la obra cuya licencia se interesa con la ordenación urbanística y normativa técnica.

El informe emitido por el Arquitecto Superior, el cual elaboró el proyecto básico a instancia del promotor de la obra, presentado con la solicitud de la licencia urbanística objeto de, como informe técnico de alegaciones al primero informe emitido por El Arquitecto Técnico de la diputación de Zamora, ponía de relieve las siguientes consideraciones, que luego fueron recogidas parcialmente en el escrito de alegaciones presentado por el acusado:

- a) Pese a que la edificación está proyectada sobre dos parcelas catastrales diferentes , la agrupación se puede llevar a cabo una vez acabadas las obras y presentada en el Catastro al objeto de evitar dos expedientes a la Administración;*
- b) No es aplicable a la construcción proyectada el artículo 2 del Reglamento de Seguridad Contra Incendios de los Establecimiento Industriales, pues es un pequeña nave para guardar el tractor y unos mínimos aperos de labranza, sino que solo es necesario un extintor y luces de señalización y emergencia que si figuran en el proyecto;*
- c) La necesidad de afectar registralmente todas las parcelas hasta completar la U.M.C se podría exigir una vez terminadas las obras;*
- d) La necesidad de justificar la condición de agricultor ante el ayuntamiento se podría exigir una vez terminadas las obras,*
- e) El propio ayuntamiento otorgó a la zona de servicios urbanos, los cuales pueden dar servicios a las necesidades de la nave, salvo que lo prohibiese,*
- f) No es necesario más que comunicar el inicio de la actividad, pues los focos de contaminación son mínimos;*
- g) Los materiales utilizados no produce una agresión al aspecto paisajístico en el que se ubican, pues al estar en las inmediaciones del suelo urbano, se pretende dar una imagen integrada con las construcciones propias de la periferia, que son las otras viviendas propias del tejido urbano*

*Con fecha **28 de septiembre de 2.017** se dicta resolución por el Alcalde de Maide, el acusado, Don Roberto Cisneros Sanabria, en la cual resuelve conceder a don Pablo Peláez Vega licencia de obras para la realización de obras de Construcción de Nave de aperos de Labranza en las parcelas números 7 y 8 del polígono 37 de La Torre de Aliste, recogiendo en dicha resolución que se habían emitido dos informes de fechas 28/4/2.017 y 12/6/2.017 de los Servicios Técnicos del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Zamora, y que examinada la documentación acompañada y visto el informe de Servicios*

Jurídicos de conformidad con el artículo 21.1 q) de la Ley 7/1.985 de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

TERCERO. *Concedida la licencia de obras, sin que en el proyecto básico figura ningún tipo de cercamiento de las parcelas y sin que conste si con anterioridad las parcelas estaban cercadas y, en su caso, la correspondiente licencia de cercamiento, en fecha 8 de noviembre de 2.017 las dos parcelas estaban separadas del camino por el este con muro construido con bloques de hormigón de color amarillo, con dos aberturas de distinta anchura, con el resto de parcela con pared de piedra de pizarra.*

En el interior de la parcela existía una construcción de forma rectangular, emplazada sobre cimiento de hormigón, en fase de construcción, con paredes exteriores de cierre con bloques de termoarcilla, con huecos para ventanas y puertas en todas las paredes, con varios puntales de obra que sujetan una estructura de madera para apoyar los materiales necesarios para realizar la parte superior de la edificación.

En la zona oeste hay dos zonas de entrada a la edificación con sendos pilares de hormigón, con puntales de obra que sujetan una estructura de madera para apoyar los elementos necesarios para continuar la edificación en la parte superior (tejado) y donde al parecer se ubicarán las puertas de acceso al interior del edificio.

CUARTO. – *Con fecha 2 de noviembre de 2.017 se emite informe por la Junta de Castilla y León en relación a la construcción que se estaba realizando en las parcelas 7 8 del polígono 37 de La Torre de Aliste, en el sentido de que si la construcción es una vivienda no era posible su legalización. Si por el contrario fuera un uso regulado en el artículo 57 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León(entre ellos las construcciones de instalaciones vinculadas a una explotación agrícola o ganadera), sería posible su legalización siempre y cuando se cumplan los parámetros establecido en las Normas Subsidiarias de Planeamiento con Ámbito Provincial de Zamora, para las comarcas de Los Valles-Aliste, -Sayago, debiendo justificar y acreditar el interés público y su necesidad de ubicación en suelo rústico .*

QUINTO.- *La nave proyectada, y en fase de construcción en fecha 8 de noviembre de 2.017, no se correspondía con la obra en fase de ejecución: 1) En el proyecto figuraba un único porche en la esquina sureste supuestamente un cuarto de herramientas de 5,80 metros cuadrados, sin embargo en dicha esquina de la edificación se está preparando para realizar otro porche; 2) En el alzado posterior del proyecto no figura ninguna ventana, mientras que la nave se construye con dos huecos para ventanas; 3)En el alzado principal figura un hueco para puerta seccionable, mientras que en dicho lugar se construye un hueco para ventana; 4) En el alzado lateral derecho, figura en el proyecto una ventana y la puerta de entrada al garaje, mientras que se construyen cuatro huecos con traviesas de madera ; 5) En el alzado lateral izquierdo figura como recta , si bien se construye con un pequeño saliente*

SEXTO.- *Con fecha 14 de noviembre de 2.017, tras habersele notificado la concesión de licencia de urbanización de acuerdo con el proyecto básico, se constatan los siguientes datos de la construcción de la nave: 1) La existencias de los cuatro huecos para*

ventanas con travesía de madera en su parte superior y una abertura de 3,7 metro para instalación de puerta; 2) En el alzada posterior siguen figurando los dos huecos para ventanas de 1,2 metros de ancho por 1,3 metros de altura; 3) En el alzado lateral izquierdo siguen figurando dos huecos para ventanas con travesía de madera en su parte superior y el mismo saliente de 0,30 metros; 4) En la confluencia del lado sur y este de la construcción se construye una zona de porche con solera de hormigón de unos 7 metros cuadrados donde debería ir la zona de herramientas y puerta de acceso al interior de la construcción; 5) En el alzado principal subsiste un hueco para ventana con travesía de madera en su parte superior, en cuyo lugar figuraba en el proyecto una puerta seccionable. Pasado el porche hay otro tramo de pared con otro hueco para ventana de 1,30 metros de ancho por 1,3 metros de altura con travesía de madera en su parte superior; 6) Se construyó una segunda planta con dos ventanas en la fachada principal, 7) En cada una de las zonas destinadas a porche, además de tres pilares de hormigón, con multitud de puntales de obra que sujetan la estructura de madera para continuar la parte superior de la edificación; 8) En el suelo de cemento de la edificación construida, en dos puntos, sobresalen dos tubos que pueden servir para tomas de agua limpia y de saneamiento; 9) Se ha realizado junto a la edificación una zanja, tapada con arena en el momento de la inspección, que parte del registro del colector de aguas residuales y entra en la parcela hasta la edificación, desconociendo si figura enterrada alguna tubería. Asimismo, existe un registro de tubería de agua limpia en el lateral interior del muro que delimita las parcelas 7 y 8 sobre las que se ha construido la construcción litigiosa.

SÉPTIMO.- Incoadas diligencias indeterminadas por el Juzgado Numero dos de Zamora por providencia de fecha 12 de enero de 2.018, y antes de que el acusado, Roberto Cisneros Sanabria prestara declaración como imputado el día 12 de marzo de 2.018, con fecha 9 de enero de 2.019, (pues es un error la fecha el año que figura de 2.017), dictó providencia en la cual recoge como antecedentes que se le había concedido al acusado Pablo Peláez Vega licencia de obra de construcción de nave para aperos de labranza, la cual se concedió luego de los informes técnicos, pero sin que el Secretario del Ayuntamiento hubiera acompañado Informe Propuesta de Resolución.

El Alcalde dispuso que por los Servicios Técnicos Municipales y por los Servicios Jurídicos/Secretaría, se emitiera informe previo a la resolución, pronunciándose sobre el procedimiento a seguir para la revisión de oficio de la licencia urbanística concedida mediante resolución de fecha 28 de septiembre de 2.017 de acuerdo con el artículo 107 de la Ley 39/2.015 de 1 de octubre, a través de la declaración de lesividad en su existencia de causas o motivos de anulabilidad, sobre si las obras exceden el alcance de la misma, y en relación con el procedimiento y la legislación aplicable.

Con fecha 6 de marzo de 2.018 se dicta resolución por el Alcalde acusado, en la cual resuelve incoar expediente a fin de determinar la lesividad en el acto de concesión de la licencia urbanística para la realización de obras de construcción de nave para aperos de

labranza concedida con fecha 28 de septiembre de 2.016 a Pablo Peláez Vega; ordenar a los Servicios Jurídicos emitir informe en relación a si el acto administrativo objeto del expediente va contra el ordenamiento Jurídico Vigente; notificar la apertura del expediente a los interesados y convocar Pleno extraordinario tan pronto como finalice el periodo de alegaciones conferido a los interesados, quedando convocado automáticamente ya con el orden de día de la declaración de lesividad de la licencia urbanística objeto del expediente y señalando como fecha; primer viernes posterior a la finalización del plazo conferido para alegaciones, que se fijaba en quince días, a las 16 horas en el Salón de Plenos.

El Secretario informó en el expediente abierto de lesividad con fecha que no consta, en cual pone de relieve los trámites a seguir; pone de manifiesto que el Secretario había informado desfavorablemente la concesión de la licencia de obra interesada; la competencia de las Administraciones Públicas para impugnar ante la jurisdicción contencioso administrativo los actos administrativos anulables favorables para los interesados previa declaración de lesividad para al interés público; la facultad de convalidar de los actos anulable subsanando los vicios de que adolezcan; sobre el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; la facultad del Alcalde o el Pleno de la Corporación de resolver lo que estime procedente

Las partes formularon alegaciones, entre ellos el solicitante de la licencia, interesando el archivo del expediente, pues sostiene que la obra está ajustada a Derecho y, en su caso, el Ayuntamiento puede resolver que la obra se ajusta a derecho con las modificaciones que establezca.

No consta que se hubiera celebrado el indicado Pleno y en el momento de la celebración del juicio, el expediente abierto sobre de declaración de lesividad de la concesión de la licencia urbanística estaba paralizado.

OCTAVO.- Con fecha 12 de marzo de 2.018 se dicta auto por el Juzgado de Instrucción Número dos de Zamora que acordó la paralización cautelar de la obra que se estaba ejecutando en las parcelas números 7 y 8 del polígono 37 del término de Las torres de Aliste pro ser posiblemente no autorizable en base a las normas Subsidiarias de Planeamiento con Ámbito Provincial de Zamora.

No consta que el Ayuntamiento de Mahide haya abierto expedientes para restaurar la legalidad, paralización de la obra o, en su caso, para legalizar la obra.

NOVENO.-El alcalde del ayuntamiento de Mahide, acusado en este proceso, era consciente de que era su cometido como tal alcalde resolver sobre la concesión o denegación de la licencia urbanística solicitada. Estuvo en sus manos, tener a su disposición, pues llegaron al ayuntamiento, los dos informes emitidos, desfavorable a la concesión de la licencia urbanísticas, por Servicio de Arquitectura y Urbanismo de la Diputación Provincial de Zamora, así como las razones jurídicas en que se fundaban los dos informes desfavorable.

El Secretario del Ayuntamiento, que tampoco era experto en materia de urbanismo y emitió informe desfavorable a la concesión de la licencia urbanística de acuerdo con los dos informes emitidos por el órgano experto y competente en materia urbanística, comentó con el alcalde que los informes eran contrarios a la concesión de la licencia. En los informes de los técnicos en urbanismo figuraban las razones jurídicas, con cita pormenorizada de los artículos de la normativa legal, para denegar la licencia urbanística. Pese a que el acusado tuvo conocimiento de los informes desfavorable a la concesión de la licencia urbanística, entre ellos el del Secretario, quien le llevó el informe al bar que regenta, pues en otras ocasiones lo hacía así, decidió conceder la licencia confiado en que si luego no era legal se pudiera anular o paralizar la obra.

DÉCIMO. - *El acusado, Pablo Peláez Vega solicitó con fecha 17 de mayo de 2.019 la inscripción en el Registro de Explotaciones Agrarias de Castilla y León asignándole provisionalmente a la explotación agrícola solicitada el código 08/49/31884/0, si bien con consta que se hubiera emitido resolución sobre la inscripción solicitada.”*

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia dice literalmente:

*“Condenamos al acusado, **Don Roberto Cisneros Sanabria**, como autor responsable criminalmente de un delito de prevaricación administrativa dentro del ámbito de la ordenación del territorio y el urbanismo, tipificado y penado en el artículo 320.2 del Código Penal, en relación con el artículo 320.2, ya de finido, a las penas de **prisión de UN AÑO Y SEIS MESES** y **MULTA de DOCE MESES**, con un cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas e **inhabilitación especial por tiempo de NUEVE AÑOS**, y las costas procesales.*

*Absolvemos a los acusados **Don Pablo Peláez Vega** y **Doña Julia Domínguez González** del delito contra la ordenación del territorio y urbanismo, declarand de oficio las costas.”.*

TERCERO. - Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por la Defensa del acusado condenado DON ROBERTO CISNEROS SANABRIA, en el que alegó, como motivos de impugnación, la inexistencia de una actuación dolosa en el proceder del acusado que reúna los requisitos y elementos del tipo objetivo y subjetivo del injusto de los artículos 320.2 y 404 del Código Penal, con aplicación indebida de dichos preceptos, falta de concurrencia de los elementos del tipo del delito de prevaricación en supuestos

de comisión por omisión, vulneración del derecho a la presunción de inocencia e “in dubio pro reo” y, subsidiaria o alternativamente, concurrencia de error en el proceder del acusado.

Por ello, termina suplicando se dicte sentencia que, con revocación de la recurrida, absuelva al acusado apelante del delito por el que ha sido condenado.

CUARTO. - Admitido el recurso, se dio traslado del mismo al FISCAL que lo impugnó interesando su íntegra confirmación, y, elevadas las actuaciones a este Tribunal, se formó el oportuno Rollo de Sala y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el día 18 de Mayo de 2.020, en que se llevaron a cabo.

Se aceptan el antecedente de hechos probados y los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO –

PRIMERO.- El recurso de apelación, que pende ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, versa sobre la sentencia dictada, en fecha 4 de Febrero de 2.020, por la Audiencia Provincial de Zamora, en la que se condena a DON ROBERTO CISNEROS SANABRIA, como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación urbanística, previsto y penado en el artículo 320.2, en relación con el apartado 1 de dicho precepto, del Código Penal, concurriendo la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5ª del mismo cuerpo legal, a las penas de 1 año y 6 meses de prisión, y multa de 12 meses, con una cuota diaria de 6 Euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada

dos cuotas impagadas, inhabilitación especial por tiempo de 9 años, y pago de las costas.

El recurso de apelación lo interpone la Defensa del condenado, que alega, como motivos de impugnación, la inexistencia de una actuación dolosa en el proceder del acusado que reúna los requisitos y elementos del tipo objetivo y subjetivo del injusto de los artículos 320.2 y 404 del Código Penal, con aplicación indebida de dichos preceptos, falta de concurrencia de los elementos del tipo del delito de prevaricación en supuestos de comisión por omisión, vulneración del derecho a la presunción de inocencia e “in dubio pro reo” y, subsidiaria o alternativamente, concurrencia de error en el proceder del acusado.

Por ello, termina suplicando se dicte sentencia que, con revocación de la recurrida, absuelva al acusado apelante del delito por el que ha sido condenado.

SEGUNDO.- El **derecho a la presunción de inocencia**, recogido en el artículo 24 de la Constitución Española y en los artículos 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948), 6.2 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966), implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley.

Este derecho fundamental se vulnerará cuando se dicte sentencia condenatoria con ausencia de prueba, pero no en aquellos casos en que se haya reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales. De dicha

presunción de inocencia deriva el principio “in dubio pro reo”, que se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de la prueba.

El derecho constitucional a la presunción de inocencia -ya desde la STC 113/1981- determina que en el proceso penal la carga de la prueba pese sobre la acusación, no pudiendo ser nadie condenado mientras no se aporten al mismo pruebas suficientes de su culpabilidad, desenvolviendo su eficacia cuando existe esa falta absoluta de acervo probatorio o *cuando las pruebas practicadas no reúnen las más mínimas garantías procesales* (STC 133/1994, de 9 de mayo).

Y es que, tal y como sostiene una pacífica Jurisprudencia, “*sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el “iter” discursivo que conduce de la prueba al hecho probado*” (SSTC 133/1994, de 9 de mayo; 189/1998, de 28 de septiembre; 135/2003, de 30 de junio; 137/2005, de 23 de mayo; y 229/2003, de 18 de diciembre).

Esto es, de acuerdo con la dicción empleada por la reciente Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, no es sino una garantía por la que se viene a presumir *la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley*.

Partiendo de tales premisas, y, tras analizar las actuaciones en el presente recurso de apelación, no se aprecia en la sentencia recurrida ninguna vulneración de la presunción de inocencia, ni del principio “in dubio pro reo”, que es un motivo de impugnación alegado por la parte apelante, no de en primer lugar,

sino, quizás de una forma que podemos tildar de asistemática, prácticamente en último lugar. Al respecto, realmente ni siquiera en el alegato correspondiente viene la parte apelante a exponer las razones por las que invoca la infracción de tal principio o derecho constitucional, siendo así que ni siquiera combate el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, puesto que el mayor esfuerzo impugnatorio se centra, como veremos, en discrepar de la calificación jurídico-penal de tales hechos, al insistir en su postura de excluir la existencia del delito de prevaricación por el que se formuló acusación y, en definitiva, se le condena, o, subsidiariamente, invocar la concurrencia de un supuesto de error en el proceder del Alcalde acusado que excluiría su responsabilidad penal.

En todo caso, y dado que el alegato de infracción de la presunción de inocencia se ha formulado en el recurso en los indicados términos, debemos pronunciarnos al respecto, rechazando tal infracción.

En efecto, se ha practicado en el proceso en primera instancia, fundamentalmente en el acto del juicio, un elenco de pruebas de cargo, llevadas a cabo con todas las garantías, que tienen el calificativo de suficientes para enervar la presunción de inocencia.

Tales pruebas son, como se detalla minuciosamente en la sentencia recurrida, principalmente de naturaleza documental, tanto el expediente administrativo abierto en el Ayuntamiento de Mahide (Zamora) para resolver sobre la concesión o denegación de la licencia urbanística solicitada, con todas las actuaciones que constan en el mismo, en especial el proyecto básico de ejecución aportado con la solicitud, los informes técnicos del Servicio de Asistencia a Municipios (SAM) de la Diputación Provincial de Zamora, y el informe sobre la concesión de la licencia emitido por el Sr. Secretario del Ayuntamiento; así como el informe de inspección ocular de las fincas y construcción iniciada sobre las mismas emitido por el Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA) de la Guardia Civil, ratificado en el acto del juicio

oral, e informe sobre la citada construcción de la Junta de Castilla y León; igualmente, el expediente administrativo sobre declaración de lesividad del acto administrativo de concesión de la licencia urbanística solicitada. Además de tales pruebas documentales, la Audiencia ha contado con la declaración de los acusados y las testificales del Arquitecto, que elaboró el proyecto básico presentado ante el Ayuntamiento para obtener la licencia urbanística, y del Sr. Secretario del Ayuntamiento.

Tras examinar detenida y motivadamente tales pruebas, el Tribunal sentenciador llega a la firme convicción (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) de que los hechos acaecieron en la forma que se narra, de una forma muy extensa y completa, en el relato de hechos probados de la sentencia hoy recurrida, que hemos aceptado en esta segunda instancia, conforme al cual, de una forma mucho más resumida, podemos decir que se afirma que el acusado, y hoy apelante, Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Mahide (Zamora), en uso de sus competencias, y ante la solicitud al efecto presentada por los otros dos acusados (y absueltos en la sentencia recurrida) Don Pablo Peláez Vega y Doña Julia Domínguez González, al que acompañaban proyecto elaborado por un Arquitecto, decidió, tras el procedimiento administrativo seguido al efecto, y pese a conocer el contenido de un informe desfavorable emitido por los servicios Técnicos del SAM de la Diputación Provincial de Zamora (reiterado por dos veces) e igualmente tener conocimiento del informe desfavorable del Sr. Secretario del Ayuntamiento, informes que se basaban en no ser lo solicitado conforme a la legalidad urbanística, conceder, por medio de resolución de fecha 28 de Septiembre de 2.017, la licencia urbanística pretendida para construcción de una nave para aperos de labranza sobre dos fincas propiedad de los solicitantes, calificado como suelo rústico y uso principal agrario. Con posterioridad a la concesión de la indicada licencia, e iniciada la obra autorizada, como quiera que la ejecución de ésta última no se

ajustaba al proyecto presentado en su día, se llegaron a iniciar diligencias penales ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Zamora, tras de lo cual en el Sr. Alcalde acusado ordenó el inicio de un procedimiento para la revisión de oficio de la licencia urbanística concedida, procedimiento que, a la fecha del juicio oral, se encontraba paralizado sin haber dictado resolución que pusiera fin al mismo, y sin que conste que en el Ayuntamiento se haya iniciado expediente alguno para la restauración de la legalidad urbanística, la legalización de la obra ejecutada o su paralización, siendo ésta última ordenada por auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Zamora en auto de fecha 12 de Marzo de 2.018.

Frente a tal elenco de pruebas, valoradas además de una forma totalmente racional y lógica, en el recurso de apelación simplemente se invoca de forma genérica la infracción de la presunción de inocencia y del principio “in dubio pro reo”, sin que tampoco se haya hecho manifestación alguna acerca de un error en la valoración de la prueba por parte de la sentencia recurrida, cuando es obvio que se ha contado con prueba suficiente para enervar dicha presunción, que además es valorada de un modo totalmente lógico, razonado y totalmente acertado.

En definitiva, reiteramos que no se ha producido vulneración alguna del derecho de presunción de inocencia ni error en la valoración de la prueba por parte por el tribunal sentenciador, ni tampoco infracción del principio “in dubio pro reo”.

El motivo de impugnación indicado debe, por tanto, ser desestimado.

TERCERO.- Solventado el motivo anterior, el grueso de la argumentación de la parte recurrente, para impugnar la sentencia recurrida y fundamentar su pretensión de revocación y absolución del Alcalde acusado, se despliega en consideraciones de índole jurídica para cuestionar la calificación jurídico penal de los hechos declarados probados, alegando que los mismos, y en

suma la conducta del acusado, no constituyen el delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal, ni la del 404 del mismo cuerpo legal, que la parte recurrente afirma que han sido infringidos por indebida aplicación.

I.- Sobre el delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal, la STS de 29 de Noviembre de 2.018, que hace un repaso exhaustivo de la doctrina del alto tribunal sobre dicha figura delictiva, ha dicho textualmente

“En relación a la prevaricación urbanística ésta supone la infracción a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal.

La jurisprudencia de esta Sala por todas SSTS 562/2009, de 18 de mayo y 362/2018, de 18 de julio , asumiendo explícitamente en el ámbito de la autoría la categoría de los delitos de infracción de deber, señala que "el delito prevaricación urbanística supone la infracción, a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal".

La estructura típica de la prevaricación responde a los denominados delitos de infracción del deber el funcionario y ocupa una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que la administración, a través suyo tutela.

La conducta de quien infringe las obligaciones señaladas son infracciones de un deber que merecen un especial reproche penal. Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar (STS 28-5-2009).

Por lo demás, se aplican los criterios generales apreciables en la prevaricación administrativa. En este sentido es clarificadora la STS 363/2006 de 28-3 , que recuerda que el delito de prevaricación urbanística del art. 320 no es sino una especialidad del delito más genérica de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aún a pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.

Ahora bien, el control de la legalidad de los actos de los órganos de la Administración Pública precisa la STS. 766/99 de 18.5 corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Este control no debe ser confundido con el enjuiciamiento por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, de las personas que ocupando y desempeñando las funciones propias de órganos de la administración, incurrir en conductas que revisten caracteres de delito. Los jueces y tribunales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecido en el art. 106.1 CE , sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y tribunales el art. 117.3 CE . destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de aquel sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que establece y proclama el art. 9.1 CE . Los Jueces y Tribunales no controlan, pues, a la administración pública, sino que sencillamente, declaran cuando

procede ejercer el "ius puniendi" del Estado contra la persona -autoridad o funcionario- que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando el hecho penalmente típico.

Efectuada esta precisión debemos insistir en que 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 la modalidad genérica del art. 404 exige que el 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 doctrina de esta Sala sobre la genérica, recogida, entre otras en las SSTS. 331/2003 de 5.3 , 1658/2003 de 4.12 , 1015/2002 de 31.5 , 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 "insignificancia" o de intervención mínima, cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, así como el principio de proporcionalidad. Un tipo penal no puede ser un mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuricidad.

La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que el Derecho Penal le corresponde un papel inferior respecto del Derecho Administrativo o meramente auxiliar. Ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico y desempeñando el papel que el corresponde 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, conforme al principio de intervención mínima.

En esta dirección la STS. 1658/2003 de 4.12 nos recuerda que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001 , entre otras).

Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, que no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, 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 (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo).

No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTs de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTs de 23-5-1998 ; 4-12-1998 ; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Ahora bien la prevaricación, en la modalidad genérica del art. 404 exige que el 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 puede ser aplicada a la prevaricación especial de jurisprudencia sobre la genérica (STS 363/2006, de 28 de marzo).

Bien entendido que el bien jurídico protegido en esta modalidad delictiva está matizado y cumplimentado por el adecuado funcionamiento de la Administración Pública que, en su actuación, debe velar siempre de forma objetiva por los intereses generales (art. 103.1 CE).

Como indica nuestra sentencia 363/2006, de 28 de marzo "...el bien jurídico protegido en el delito de urbanismo...es la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. Se trata 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, bien jurídico que en el supuesto de esta prevaricación especial, se complementa con el recto y normal funcionamiento de las administraciones públicas que constituye un presupuesto básico de una sociedad democrática".

En definitiva, dado que así lo exige la penalidad cualificada del art 320 frente a la menos grave del art. 404, que solo impone la inhabilitación especial -para la realización del injusto no solo es necesario que la conducta menoscabe el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino que además el desvalor del comportamiento debe afectar o poner en peligro el interés consistente en la explotación racional del suelo orientada a la satisfacción del interés general: como indica la STS 1127/2009, de 27 de noviembre , " la prevaricación especial por urbanística que sanciona el art. 320 CP exige una injusticia en la conducta consistente en la puesta en peligro de la ordenación del territorio".

II.- En el supuesto que nos ocupa, la Audiencia Provincial de Zamora, aplicando básicamente dicha doctrina al relato de hechos probados que establece, considera que los mismos son constitutivos del delito de prevaricación urbanística del artículo 320.2 del Código Penal, en relación con el apartado 1 de dicho precepto y el artículo 404, de que es autor criminalmente responsable el acusado DON ROBERTO CISNEROS SANABRIA, en su calidad de Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Mahide (Zamora), puesto que, pese a tener conocimiento de los informes desfavorables a la concesión de la licencia urbanística solicitada (de los Técnicos del SAM de la Diputación Provincial y del Secretario del Ayuntamiento), decidió conceder la misma a sabiendas de su injusticia, ya que sabía que ello suponía el incumplimiento de normas legales urbanísticas, confiado (como en otras ocasiones había hecho) en que si luego la licencia no era legal, se podría anular o paralizar la obra, es decir, tuvo plena conciencia de que resolvía al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasionaba un resultado materialmente injusto, actuando de este modo porque quiso este resultado y antepuso 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.

Las razones de los informes desfavorables a la concesión de la licencia urbanística solicitada, mencionados por el SAM y el Sr. Secretario del Ayuntamiento se referían a la falta de agrupación o unificación de las dos parcelas rústicas sobre las que se pretendía construir la edificación, la falta de justificación de la afectación de las parcelas a la explotación agraria hasta completar la unidad mínima de cultivo, igualmente la falta de justificación de la condición de agricultor a título principal o de sociedad que desarrolle su actividad agraria en cualquier forma civil o mercantil por parte de los solicitantes que permita relacionar la actividad ejercida con la construcción pretendida, la falta de presentación de la documentación que prevé la Ley de Prevención Ambiental de Castilla y León, y, finalmente, la falta de ajuste de la construcción proyectada a la tipología propia de una nave de maquinaria agrícola.

Todo ello teniendo en cuenta la calificación urbanística del terreno donde se pretende la edificación a que se refiere la licencia solicitada y concedida, que es suelo rústico no urbanizable, siendo de aplicación las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal, de ámbito provincial, para las comarca de “Los Valles, Aliste y Sayago”, aprobadas por la orden de 3 de Julio de 1.998, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León, modificada por Decreto de 30 de Enero de 2.003, cuyos artículos 34 a 37 establecen y regulan los requisitos, características y condiciones que deben reunir los edificios, construcciones e instalaciones vinculadas a explotaciones agropecuarias, que son en principio autorizables, bajo tales exigencias, en dicho suelo rústico de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Urbanismo de Castilla y León y Reglamento correspondiente.

III.- En el recurso de apelación, la parte apelante sostiene básicamente que resulta muy discutible la concurrencia del elemento normativo de la injusticia de

la resolución dictada por el Alcalde acusado, esto es que la licencia concedida fuera contraria a las normas urbanísticas vigentes, así como la del elemento subjetivo, o sea que el acusado la dictase a sabiendas de su injusticia.

Para ello argumenta, de una parte, que se cumplían con las condiciones urbanísticas para la concesión de la licencia, por tratarse de un uso permitido (la ejecución de una nave para depósito de aperos agrícolas), no de un uso excepcional, ni de un uso autorizabile y, mucho menos, de un uso no permitido, no pudiendo confundirse parámetros urbanísticos con parámetros de la ulterior actividad a desarrollar en la construcción, sometidos éstos a controles normativos reguladores de las licencias “ambientales” o “de actividad”, siendo precisamente los segundos los que se están contemplando en el informe desfavorable del SAM, que es preceptivo pero “no vinculante”, y sin que pueda olvidarse que la solicitud de licencia venía acompañada de un proyecto básico y de ejecución de la indicada nave para aperos de labranza, elaborada por un Arquitecto, técnico competente experto en urbanismo, por lo que parece razonable pensar que el Alcalde confiara en dicho proyecto y en lo alegado por el mismo ante el primer informe desfavorable del SAM, de modo que no puede sostenerse que lo decidido por él al conceder la licencia sea fruto de su pura voluntad arbitraria y “a sabiendas de su injusticia”, pudiendo explicarse perfectamente con una argumentación técnico-jurídica razonable. En definitiva, que tal decisión puede tacharse todo lo más de ilegal o no ajustada exactamente al ordenamiento jurídico, pero en modo alguno de prevaricadora.

IV.- Sin embargo, no pueden compartirse tales alegatos.

La ilegalidad de la concesión de la licencia urbanística solicitada no ofrece duda alguna, por las razones en las que se extiende la sentencia recurrida y que antes hemos aquí resumido. Resulta obvio que no nos hallamos ante un supuesto de concesión de una licencia ambiental o de actividad, como también

lo es que, conforme a lo que ha quedado dicho, al pretender construir una edificación sobre suelo rústico, las normas urbanísticas referidas permiten tal uso, si bien no de forma ilimitada, sino bajo determinadas condiciones y requisitos, de los que es garante precisamente el Alcalde Presidente del Ayuntamiento, en cuanto órgano competente para conceder la licencia urbanística y velar por la legalidad urbanística en su demarcación municipal. Es el incumplimiento, aunque fuera parcial, de tales condiciones y requisitos lo que justificó el informe desfavorable del SAM, órgano cuya razón de ser no es otra que ayudar o auxiliar a aquellas corporaciones municipales que, por su tamaño, carecen de servicios técnicos propios; de ahí que su informe sea preceptivo, aunque no vinculante lógicamente.

Ahora bien, no se trata solo de que la decisión de otorgar la licencia sea ilegal, por contraria al ordenamiento jurídico urbanístico, es que también dicha decisión es injusta, en cuanto no cabe sino tacharla de arbitraria y puramente voluntarista. Y lo es, fundamentalmente, porque carece de toda motivación. Es decir, resulta indiscutible que cabe esperar que el Alcalde Presidente de un pequeño Ayuntamiento como el de Mahide, que no tiene evidentemente o no tiene porqué tener conocimientos jurídicos, y menos de carácter urbanístico, pues se trata del dueño de un bar, antes de tomar una decisión en cuanto a la solicitud de una licencia urbanística deba apoyarse en informes de índole técnica y jurídica, y es evidente que aquí disponía de los informes desfavorables a la concesión de la licencia en tal sentido emitidos por el SAM y el Sr. Secretario del Ayuntamiento, entidad y persona que sí tienen tales conocimientos. Carece de sentido por tanto que, pese a ello, el acusado decidiera conceder la licencia en contra de tales pareceres, sin exponer, ni siquiera mínimamente, las razones o la motivación de tan aventurada decisión que, en suma, aparece adoptada por su simple voluntad en un ejemplo patente de arbitrariedad. Y no vale a tal efecto, el de justificar la decisión, decir ahora que tuvo en cuenta lo consignado en el

proyecto presentado por los solicitantes o lo alegado por el Arquitecto que lo confeccionó a los primeros reparos del informe del SAM. Tampoco vale decir que concedió la licencia porque la posible ilegalidad podría subsanarse posteriormente. En tal sentido, cobra también relevancia, y no poca, el dato de que, concedida la licencia, y al conocer la iniciación de las diligencias penales motivadas por la no adecuación de la obra que se venía ejecutando con lo propuesto en el proyecto y el objeto de la licencia, ordenara el acusado la iniciación de un procedimiento para la revisión de oficio de la licencia concedida, procedimiento que, sin embargo, quedó después paralizado. Nos parece sumamente incoherente que el Alcalde, que supuestamente concedió la licencia convencido de su legalidad, promueva después su revisión de oficio precisamente por lo contrario.

Por otra parte, carece igualmente de sentido la alegación que se hace en el recurso acerca de que es la existencia de tal proyecto elaborado por un Arquitecto, y que se acompaña a la solicitud, lo que justifica la absolución de los otros dos acusados (el matrimonio que solicitó la licencia y quería efectuar la construcción de la nave), pretendiendo trasladar tal justificación a la actuación del Alcalde. Olvida en este punto la parte apelante que la acusación en uno y otro caso lo es con una base totalmente diferente y acudiendo a tipos, relacionados, pero distintos, ya que a los esposos promotores se les acusaba de la figura del delito del artículo 319.2 y 3 del Código Penal que castiga a quien lleve a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable, mientras que al Alcalde se le acusaba del delito del artículo 320, que es una forma especial de prevaricación, castigando a quien concede una licencia contraria a la ordenación urbanística. Contar con un proyecto, encargado a un técnico competente, que sostiene la legalidad de una obra, puede justificar la conducta del promotor, tal y como razona la sentencia

recurrida, pero en modo alguno puede amparar la decisión de la autoridad que precisamente ha de velar por la legalidad urbanística.

E igualmente, resulta inútil cuanto se razona en el recurso de apelación acerca de la no concurrencia en este caso de la prevaricación omisiva (supuestamente por no hacer nada para restaurar la legalidad urbanística), puesto que no era ese el objeto de la condena, sin que la doctrina jurisprudencial invocada (con transcripción literal de la STS de 3 de Mayo de 2.016) resulte aplicable al caso enjuiciado.

V.- Concluimos, por todo lo expuesto, confirmando totalmente la calificación jurídico penal de los hechos de la sentencia recurrida.

Sin que pueda tampoco admitirse la alegación subsidiaria de que el acusado haya incurrido en un error (error invencible de tipo que justificaría la exención de responsabilidad penal al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1º del Código Penal), puesto que no existe base alguna para apreciar tal situación, como bien razona la sentencia recurrida, debiendo reiterarse aquí cuanto ya viene razonado anteriormente, básicamente que el acusado, Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Mahide, tuvo la oportunidad de conocer las razones por las cuales no procedía la concesión de la licencia solicitada, a tenor de los informes del SAM y del Sr. Secretario de la corporación, y la decisión prudente y correcta hubiera sido, en el hipotético caso de hallarse en tal situación de error, decidir conforme a tales informes, y no hacerlo en sentido contrario, sin exponer además las razones que lo pudieran justificar.

El motivo indicado debe ser, por tanto, igualmente desestimado, como lo ha de ser íntegramente el recurso de apelación en su totalidad.

CUARTO.- La desestimación del recurso de apelación y confirmación íntegra de la sentencia justifica que las costas se impongan al recurrente (art. 901 LECr).

En atención a lo expuesto, administrando justicia en nombre del Rey,

-FALLAMOS-

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por **DON ROBERTO CISNEROS SANABRIA** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zamora, en fecha 4 de Febrero de 2.020, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con expresa imposición de costas al apelante.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, que podrán prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con arreglo a la ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se remitirá certificación a la Audiencia de origen, para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.