

Roj: **STS 2036/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2036**Id Cendoj: **28079120012017100399**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/05/2017**Nº de Recurso: **2366/2016**Nº de Resolución: **381/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por la representación de la Acusación Particular **D. Javier**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que absolvió a los acusados Dña. Adoracion, Dña. Estela, Dña. Otilia y D. Samuel, de los delitos sobre ordenación del territorio y prevaricación urbanística, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente Acusación Particular D. Javier representado por el Procurador Sr. Torres Álvarez, y los recurridos acusados Dña. Adoracion representada por la Procuradora Sra. Martín Cantón; Dña. Otilia, Dña. Estela y D. Samuel representados por el Procurador Sr. Ruigómez Muriedas y el Responsable Civil Subsidiario **Ayuntamiento de Barcelona**, representado por el Procurador Sr. Ruigómez Muriedas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 20 de Barcelona incoó Diligencias Previas con el nº 940 de 2012 contra Adoracion, Estela, Otilia y Samuel, y, una vez concluso, lo remitió a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que con fecha 24 de octubre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<1. En fecha 16 de mayo de 2006, el Delegado del Gobierno de Cataluña, en su calidad de Presidente de la Junta del Patronato Hospital Clínic i Provincial de Barcelona y Presidente del Consorci de Gestió Corporació Sanitària, el Alcalde de Barcelona y la Consellera de Sanidad y Presidenta de la Comisión de Gobierno del Hospital Clínic, suscribieron un convenio de colaboración, cuyo objeto era, de un lado, la redistribución a título reparcelatorio de las propiedades respectivas del Hospital Clínic en la calle Consell de Cent 148- 168, y del **Ayuntamiento de Barcelona** en la calle Provenga 164-182, y de otro, la previsión de los instrumentos de planeamiento urbanístico y de gestión necesarios para establecer la ordenación urbanística de los suelos resultantes. En dicho convenio se establecía que el Hospital Clínic i Provincial de Barcelona construiría, a su cargo, en la parcela de la calle Provenga 164-182 -en donde se hallaba ubicado en aquel momento el parque de Bomberos del Eixample-, un nuevo centro sanitario y un nuevo cuartel de Bomberos redimensionado. Para la ejecución de tales obras era preciso, con carácter previo, la adopción de los acuerdos necesarios entre el **Ayuntamiento de Barcelona** y el Hospital Clínic "en relación al actual cuartel de Bomberos, dando prioridad a las fórmulas que siendo técnica y económicamente viables compatibilicen éstas con el mantenimiento adecuado del servicio de bomberos en el ámbito" -Eixample- (Acuerdo Séptimo). Por ello, debía hallarse un lugar en el que ubicar provisionalmente el parque de bomberos, en tanto no concluyeran las obras de edificación del parque definitivo en la calle Provenga. A principios de julio del año 2009, y como continuación de los acuerdos alcanzados en el citado convenio de 16 de mayo de 2006, se preparó y redactó una adenda al mismo, en la que se concretó, que el Hospital Clínic i Provincial de Barcelona asumía la construcción del cuartel provisional



de Bomberos en el ámbito del Parc de l'Escorxador, denominado también Parc Joan Miró, "atendido que se ha de seguir prestando el servicio dentro del ámbito del Eixample, hasta que esté acabado el nuevo edificio en la parcela de Provenza". Esta adenda preparada, redactada y consensuada en el mes de julio de 2009, fue firmada el día 4 de noviembre por la Consellera de Sanitat y el Alcalde del **Ayuntamiento de Barcelona**. En desarrollo, ejecución y cumplimiento del mencionado Convenio suscrito en mayo de 2006, se elaboró el Plan Especial Urbanístico para la ordenación de nuevos equipamientos en las parcelas de las calles Provença, Casanova, Passatge del Mercat del Ninot, Villarroel y Consell de Cent, Compte Borrell, Diputació y Viladomat, aprobado definitivamente el día 22 de diciembre de 2006, así como el Plan Especial Urbanístico y de Mejora Urbana para la concreción de titularidad, tipo y ordenación del equipamiento situado en la calle Provença 164-182, aprobado definitivamente por el Pleno del **Ayuntamiento de Barcelona** el día 26 de febrero de 2010. En ambos se preveía de forma expresa la ampliación del Hospital Clínic i Provincial de Barcelona, la reconstrucción del cuartel central de bomberos y la rehabilitación de las oficinas administrativas del servicio de extinción de incendios y salvamento.

2. En fecha 6 de julio de 2009, el Hospital Clínic i Provincial de Barcelona, en cumplimiento del convenio antes referido, presentó ante el Distrito del Eixample una solicitud de licencia municipal de obras para la construcción de un cuartel provisional de Bomberos en la calle Aragó no 2 (Parc Joan Miró), adjuntando el correspondiente proyecto técnico. Tal solicitud fue admitida por el Distrito en fecha 7 de julio de 2009 y motivó la incoación del expediente administrativo de obras número NUM000 . En dicho expediente figuran todos los informes pertinentes, en los que no tuvo participación alguna la acusada Adoracion , pues, aunque le competía a ella, en tanto que Regidora del Distrito del Eixample, adoptar la correspondiente resolución de concesión o denegación de licencia, por aquél entonces se encontraba de vacaciones desde el día 29 de julio de 2009. La referida licencia de obras fue otorgada en fecha 31 de julio de 2009 por el Alcalde accidental D. Felicísimo , quien, sin constar que recibiese sugerencia o indicación previa alguna por parte de la Regidora del Distrito, dispuso conceder la licencia solicitada por el Hospital Clínic i Provincial de Barcelona, respetando y asumiendo el previo informe propuesta de los servicios técnicos del Distrito del Eixample. Así, se emitieron el informe urbanístico por D. Marcial , arquitecto de los Servicios Técnicos del Distrito, el día 17 de julio de 2009, el informe técnico por D. Virgilio , Director del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento (SPEIS), el día 24 de julio de 2009 y el informe de propuesta favorable al otorgamiento de la licencia, suscrito el día 30 de julio de 2009, por las acusadas, la técnica Otilia y la letrada Rosa Turu i Casad, con el visto bueno del también acusado Samuel , en su condición de Jefe del Departamento de Licencias e Inspección de la División de Servicios Técnicos del Distrito del Eixample. La licencia concedida autorizaba la construcción de un parque provisional de bomberos en el Parque de Joan Miró de Barcelona, para el uso de los Bomberos del **Ayuntamiento de Barcelona**, que "dará servicio mientras duren las obras de ampliación del Hospital Clínic i Provincial de Barcelona, donde está prevista la reubicación de los Bomberos en un nuevo parque. Cuando deje de dar servicio este edificio será derruido, para restituir el espacio a las condiciones de su entorno".

3. Contra dicho acto administrativo, de 31 de julio de 2009, se interpuso por una vecina del parque Joan Miró, D^a. Sofía , un recurso de alzada, lo que motivó que se emitieran nuevos informes. El día 8 de octubre de 2009, por el Servicio de Licencias e Inspección del Distrito del Eixample, relativo al futuro desmontaje de las instalaciones del parque de bomberos. El día 9 de octubre de 2009, por el Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento, en relación a las posibles ubicaciones del parque provisional de bomberos. Y el día 29 de octubre de 2009, por el Sector de Urbanismo e Infraestructuras del **Ayuntamiento de Barcelona**. Todos estos informes vinieron a ratificar la legalidad de la licencia otorgada, el carácter temporal de la ocupación y uso autorizado de la misma, así como la idoneidad de la ubicación del parque provisional. El indicado recurso de alzada y la petición accesoria del acto impugnado fue resuelto en fecha 6 de noviembre de 2009, tras propuesta motivada de la Secretaría Técnico-jurídica del Distrito del Eixample, por el entonces Alcalde de Barcelona, sin intervención alguna de la acusada Adoracion , en sentido desestimatorio. Contra dicha resolución se formuló por la mentada vecina recurso contencioso-administrativo, en el que compareció el **Ayuntamiento de Barcelona**, cuyos Servicios Jurídicos Centrales defendieron la legalidad y plena adecuación de la referida licencia de obras. A raíz de la denuncia formulada por la Sra. Sofía , el Director General de Urbanismo del Departament de Política Territorial i Obres Públiques de la Generalitat de Catalunya dictó una resolución en fecha 23 de diciembre de 2010, que instaba al **Ayuntamiento de Barcelona** a iniciar un procedimiento de revisión de oficio de la licencia municipal de obras, por considerar que concurría la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1 g) de la Llei 30/1992. Frente a dicha resolución, el **Ayuntamiento de Barcelona** formuló el requerimiento previo previsto en el artículo 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , expuso las razones por las que consideraba que dicha licencia de obras se ajustaba plenamente a derecho, e interesó que se anulara y se dejara aquélla sin efecto. En fecha 26 de mayo de 2011 el Director General de Urbanismo, tras examinar el contenido de dicho requerimiento, resolvió en el sentido de no interponer recurso contencioso administrativo contra la negativa del **Ayuntamiento de Barcelona** a incoar el procedimiento de revisión de oficio de la referida licencia municipal de obras. En fecha 11 de junio de 2012, el Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 9 de la provincia de Barcelona, dictó sentencia estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo y declarando la nulidad de la licencia de obras mayores de 31 de julio



de 2009 , concedida por el **Ayuntamiento de Barcelona**, para la construcción de un parque provisional de bomberos en el Parc Joan Miró. Asimismo ordenó el derribo y desmantelamiento de dicha obra una vez finalizado su uso provisional, obligando a restituir la realidad física alterada a su estado originario anterior a las obras y sin poder hacer uso de dichas instalaciones para ningún otro uso que el de caserna del servicio de bomberos. Esta sentencia devino firme, al no ser recurrida por el **Ayuntamiento de Barcelona**. La mentada instalación provisional del parque de Bomberos del **Ayuntamiento de Barcelona** en el Parc de Joan Miró de dicha capital sigue en la actualidad en funcionamiento en dicha ubicación, al no haberse llevado aún a término el Plan Especial de ampliación y nuevos equipamientos del Hospital Clínico en su día acordado en la sede de la calle de Provenza, donde debe reubicarse el nuevo y definitivo parque de bomberos, por hallarse tal obra paralizada por problemas de tipo crematístico. 4. El denunciante, D. Javier , considera que se le han irrogado unos perjuicios personales, derivados de unas presuntas irregularidades en el financiamiento y adjudicación de las obras del parque de bomberos en el Parque de Joan Miró, que valora en la suma de 720.509'29 €, que es el importe que figura en el proyecto de derribo y deconstrucción de la edificación aportado a la causa. A tal efecto solicita que se condene a su abono a las cuatro personas acusadas como responsables civiles directos y, subsidiariamente, al **Ayuntamiento de Barcelona**>>.

SEGUNDO.- El citado Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó la siguiente Parte Dispositiva:

<<LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, HA DECIDIDO: ABSOLVER a las Sras. Adoracion , Estela , Otilia y al Sr. Samuel , de los delitos sobre ordenación del territorio y de prevaricación urbanística de los que se les venía acusando, así como al **Ayuntamiento de Barcelona**, en su condición de responsable civil subsidiario; declarando de oficio las costas procesales causadas. Asimismo, se acuerda cancelar las medidas cautelares adoptadas respecto de los mismos. Notifíquese la presente resolución a todas las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la L.E.Cr .>>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por la representación de la Acusación Particular **D. Javier** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **D. Javier** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 y 3 de la L.E.Cr .

Segundo.- Por error en la valoración de la prueba al amparo del art. 849.2 L.E.Cr .

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 y 851.1 L.E.Cr .

Cuarto.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruidas las representaciones de las partes recurridas, solicitando la impugnación y subsidiaria desestimación los recurridos acusados e impugnando igualmente el recurso el **Ayuntamiento de Barcelona** y quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma el día 17 de mayo de 2017, con la presencia del Letrado recurrente D. Josep Jover Parró en defensa de Javier que informó sobre los motivos; del Letrado recurrido D. Jesús Santiu Bascón, en defensa de Estela , Otilia y Samuel ; Dña. Lydia Lajara Fernández en defensa de Adoracion y D. Emilio José Zegri Boada en defensa del **Ayuntamiento de Barcelona**, y con la presencia del Ministerio Fiscal que se ratificó en su informe, prolongándose las deliberaciones hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurrente Javier , lo articula por quebrantamiento de forma, en tres diferentes apartados, que apoya en los arts. 851.3 y añade en el 2º el 851.1 todos de la L.E.Cr .

Desglosaremos esos tres submotivos:

A) La sentencia en opinión del recurrente no resuelve sobre ninguno **de los puntos** que fueron objeto de acusación por parte del Mº Fiscal, o lo que es lo mismo, ignora íntegramente el escrito de conclusiones elevadas a definitivas en el plenario.



B) En este segundo apartado dada la confusa, inconcreta y difícilmente entendible pretensión, estimamos reproducirla íntegramente: "También entendemos que se ha vulnerado el art. 851.3 y 851.1º L.E.Cr. por cuanto se permitió que en el escrito de fecha 25 de octubre de 2015, cuando los autos ya estaban en la mesa del T.S.J.CAT. y presentada el 23 la súbita cambió de autor de la licencia, si puede entenderse como tal, después dos años de instrucción, cotejo de documentos, y numerosas declaraciones, tanto de testigos, como de los tres imputados" (sic).

A su vez de las diversas infracciones referidas en el nº 1 del 851 L.E.Cr. parece ser que del inciso final de este segundo submotivo se desprende que hace referencia a la predeterminación del fallo, invocando el art. 551.1 in fine (debe entenderse el 851.1º L.E.Cr. .)

El Fiscal interpreta la queja, entendiendo que la Sala de instancia, en base a manifestaciones no hechas en instancia consideró que la Sra. Adoracion no firmó la licencia al hallarse de vacaciones.

C) Finalmente señala el recurrente que en su escrito de acusación hizo consideraciones, que recoge en el motivo, necesarias para entender el carácter prevaricador de la concesión de la licencia. Se queja de que la Sala no ha atendido a las mismas.

2. Antes de resolver los precedentes quebrantamientos de forma por incongruencia omisiva y predeterminación del fallo resulta oportuno recordar una vez más la doctrina reiterada y uniforme acerca de los condicionamientos o requisitos exigidos para su apreciación.

La incongruencia omisiva precisa de los siguientes requisitos:

a) Que la omisión padecida venga referida a cuestiones de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas, y no a meras cuestiones fácticas.

b) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno.

c) Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión.

d) Que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución. Ahora bien, debe aplicarse con absoluta cautela la antigua doctrina jurisprudencial acerca de la denominada desestimación implícita, a no ser que exista un específico pronunciamiento resolutorio de cuestiones contrarias y absolutamente incompatibles con la cuestión omitida o excluyente de ésta.

e) Que, aun existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso, siempre que se trate de razonamientos incompletos, y no cuando el problema debatido haya sido marginado totalmente, sin que pueda admitirse la denegación implícita de la circunstancia.

A su vez los requisitos impuestos en la predeterminación del fallo, por empleo de conceptos jurídicos, según doctrina de esta Sala, son los siguientes:

a) Que se trate de expresiones técnicamente jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

b) Que tales expresiones, generalmente, sean asequibles a los juristas tan solo y no comparten su uso en el lenguaje común.

c) Que tengan valor causal en cuanto al fallo.

d) Que suprimidos tales conceptos, dejen el hecho histórico sin base.

Serían ejemplos de este vicio procesal afirmar en el factum que el acusado robó o asesinó, sin mencionar los hechos que constituyeron el robo o el asesinato.

3. Los dos submotivos por incongruencia omisiva deben rechazarse, por una razón formal de carácter imperativo.

En efecto, el legislador para evitar que por alguna omisión en el fallo tenga que retornar de nuevo el asunto a la instancia impone con carácter preceptivo, que a las cuestiones jurídicas irresueltas, se les dé la condigna contestación en la instancia como complemento de la sentencia dictada. Así lo imponen el art. 161 L.E.Cr. y 267 L.O.P.J.

En cualquier caso desde el punto de vista material, tampoco podrían prosperar las pretensiones formales planteadas.



Respecto a la predeterminación del fallo éste lo condiciona a la valoración de un documento presentado, lo que en absoluto constituye contenido del vicio predeterminante.

Respecto a los temas afectados por la incongruencia omisiva, y conforme al dictamen fiscal es procedente afirmar lo siguiente:

A) En relación a la primera objeción la sentencia señala que el Fiscal elevó a definitivas las conclusiones y después en el informe oral final interesó la absolución. Pese a ello, la sentencia sí entra a valorar el fondo de la acusación como señala en el FJ segundo al indicar que dado que formalmente el Fiscal mantuvo la acusación procede entrar en el fondo. Y en los razonamientos siguientes analiza la distinción entre irregularidad administrativa y delito, para negar la existencia de éste en el caso enjuiciado.

B) Respecto a las manifestaciones de la Sra. Adoracion no hechas en la instrucción, acerca de que no firmó la licencia al hallarse de vacaciones, constituye una cuestión que no guarda relación alguna con un supuesto de quebrantamiento de forma. Así que en el plenario se suscitó que la firma de la licencia no era suya y que se aportara un documento sobre ello -fuera de la fase de instrucción- lo cual no implica defecto alguno de la sentencia y mucho menos incongruencia omisiva.

C) En el tercer apartado por incongruencia omisiva, la sentencia da respuesta a la pretensión del impugnante y analiza los elementos del tipo penal, aunque difiera para ello de los argumentos que el recurrente considera debieron haber sido atendidos. No estamos ante un defecto por quebrantamiento de forma. Como señala reiteradamente la jurisprudencia, la omisión debe recaer sobre una verdadera pretensión y no sobre un concreto argumento ni sobre cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllas se sustenten.

Por lo expuesto los submotivos por quebrantamiento de forma deben claudicar.

SEGUNDO.- En el correlativo el recurrente, al amparo del art. 849.2º L.E.Cr., alega error facti en la apreciación de la prueba.

1. Los documentos citados en el motivo como preceptivos son los atinentes al expediente municipal obrante en autos (folios 406 a 884).

En el desarrollo de la queja viene a señalar que en todos los documentos mencionados se hace constar que fue la regidora del Distrito de l'Example la otorgante de la licencia, lo cual plantea serias dudas respecto a la veracidad de la resolución certificada "como original" por el Secretario general del Ayuntamiento en la cual figura la firma del Sr. Felicísimo, precedido de las siglas "P.A.", máxime por cuanto la supuesta firma de la resolución por parte del citado señor no se dio a conocer al recurrente hasta el mismo día de la vista oral.

Concluye que el juzgador incurrió en **error al haber considerado probado** que la licencia fue concedida por el Sr. Felicísimo, otorgando toda la credibilidad a la resolución certificada como original por el Secretario general del Ayuntamiento.

2. El recurrente confunde las posibilidades del motivo con los errores producidos al dar un determinado valor probatorio a ciertos elementos integrantes del conjunto de las pruebas practicadas.

De nuevo la doctrina de esta Sala establecerá el alcance y límites de esta fórmula impugnativa casacional.

Así para que se produzca un error facti del art. 849.2º L.E.Cr., es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.

b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Además de los vicios ya detectados que arrastrarían a la desestimación del motivo, para que los informes y dictámenes periciales puedan actuar como documentos, a pesar de su indudable carácter de prueba personal, sería preciso que, según doctrina de esta Sala, se dieran las siguientes circunstancias:



a) que existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) que contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

3. Conforme a tal doctrina si se señalan serias dudas derivadas de otros documentos para reputar inveraz una certificación, ningún documento puede imponerse por su literosuficiencia si se hallan contradichos por otras pruebas.

Pero además si se consideran atípicos los hechos por una decisión de fondo de la Sala resulta inútil y anodino el planteamiento de esta cuestión.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Con sede procesal en el art. 849.1º y 851.1º L.E.Cr . alega falta de claridad en hechos probados e infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

1. Aduce el recurrente en el motivo tercero que la sentencia no expresa de forma clara y terminante en sus hechos probados si existía o no un conocimiento y una voluntad previos de la Sra. Adoracion en relación a la vulneración de derechos urbanísticos y del plan especial del Parc de Escorxador, ni tampoco se acreditó que los demás coacusados tuvieran conocimiento de tales circunstancias.

2. El motivo no puede prosperar por los certeros argumentos que aduce el Mº Fiscal.

Nos dice "la sentencia, a tenor de la prueba que valora, llegó a la conclusión, en un juicio de inferencia racional y lógico, que no cabe sea ahora sustituido en casación, que los acusados obraron sin consciencia de infringir derechos urbanísticos para dar solución temporal al emplazamiento del parque de bomberos mientras se realizaban unas obras entre las que se contemplaba la remodelación de la sede del parque de bomberos. Puede leerse en la sentencia: "debe reputarse y considerarse, desde la perspectiva del derecho penal, como una interpretación de la legislación administrativa jurídicamente defendible y guiada por la voluntad de dar satisfacción al interés común y no a un interés particular (...) consta plenamente acreditado que hubo varias consultas y reuniones, y en todo momento hubo asesoramiento técnico-jurídico antes de la concesión de licencia de obras".

Por todo ello el motivo ha de declinar.

CUARTO.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . se alega en el correlativo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

1. A la vista de las irregularidades detectadas en el procedimiento se produce una violación del derecho de defensa. Tanto la actuación del Ayuntamiento como la del Fiscal, cabía a pesar de la opinión del recurrente, dentro del derecho de defensa.

2. Frente a las presuntas irregularidades procesales que o bien no se concretan o son incapaces de provocar la nulidad de la causa, tropezamos con una **sentencia absolutoria** , con muy limitados medios para alterar el contexto fáctico del que parte.

Recordemos los límites que la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala ha establecido en torno a las posibilidades de **revocación de sentencias absolutorias** .

El análisis de las alegaciones que formula la parte recurrente exige, en primer término, recordar cuáles han sido los límites que la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala ha establecido en torno a las posibilidades de revocación de sentencias absolutorias. A este respecto, este Tribunal ha recordado que es criterio consolidado por el Tribunal Constitucional, que "al igual que no existe «un principio de legalidad invertido», que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo , F. 4), tampoco existe una especie de «derecho a la presunción de inocencia invertido», de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas" (STC 141/2006 , FJ 3, STS número 350/2015, de 6 de mayo).

La doctrina sobre esta cuestión sostenida por los distintos Tribunales se puede desarrollar en los siguientes apartados:



1) Así, indica la sentencia de esta Sala número 374/2015, de 28 de mayo, que "la doctrina del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando desde la STC 167/2002, así como la de esta Sala y siguiendo ambas en este aspecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia. Esta jurisprudencia exige desde el derecho a un proceso con todas las garantías, que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, se practiquen éstas ante el Tribunal que resuelve el recurso; en consecuencia desde la perspectiva del derecho de defensa, es preciso dar al acusado absuelto en la instancia la posibilidad de ser oído directamente por dicho Tribunal, en tanto que es el primero que en vía penal dicta una sentencia condenatoria contra aquél.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia del caso Ekbatani contra Suecia de 28 de Mayo 1988, ha venido argumentando que en aquellos casos en los que el Tribunal que conoce del recurso haya de resolver sobre cuestiones de hecho y de derecho, planteándose en general la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, adoptar una decisión sin la apreciación directa del testimonio del acusado que ha negado la comisión del hecho delictivo que se le imputa, entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania, ap. 55; 6 de julio de 2004, Dondarini contra San Marino, ap. 27; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec contra Rumania, ap. 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi contra Italia, ap. 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll contra España, ap. 27; y la sentencia ya citada, caso Ekbatani contra Suecia. En idéntico sentido, entre las más recientes las SSTEDH caso Marcos Barrios contra España, de 21 de septiembre de 2010 y García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010; STEDH de 25 de octubre de 2011 caso Almenara Álvarez contra España; STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España; STEDH, 13 de diciembre de 2011 caso Valbuena Redondo contra España o STEDH de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Conteras contra España. En algunas ocasiones, entre otras en las tres últimas sentencias citadas, el TEDH ha extendido la necesidad del examen incluso a los testigos cuando sus testimonios deban ser valorados para resolver los hechos cuestionados.

2) Consecuente con esta doctrina, esta Sala ha estimado, de manera unánime, que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo. De ahí que la posibilidad de revocar pronunciamientos absolutorios en casación se reduce a un doble supuesto y con distinto alcance: en primer lugar, a través del motivo de infracción del Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con intervención de la defensa técnica pero sin audiencia personal del reo. La revisión en este caso se concreta en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Y en esa posibilidad de corrección de errores de subsunción se incluye la de los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. (En el mismo sentido STS de 12 de diciembre de 2013; de 24 de febrero de 2014; de 25 de marzo de 2014; y de 19 de diciembre de 2014, entre otras). En segundo lugar, la otra posibilidad de revisión de pronunciamientos absolutorios en casación es posible cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no ha obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma ha vulnerado lo recogido en los artículos 24.1º, 9.3º y 120.3º, todos ellos de la Constitución, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (SSTS de 23 de febrero de 2011 o de 29 de septiembre de 2014).

3) Por último, en lo que se refiere a los documentos en los que la parte recurrente instrumentaliza su alegación de error en la apreciación de la prueba, conviene destacar que, como señala la sentencia citada más arriba, de 28 de mayo de 2015, "la posibilidad de rectificar el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "...demuestren la equivocación del juzgador", ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado artículo 849.2 de la LECrim. En él se exige que esos documentos no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de esta Sala de valorar pruebas personales, aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria



del documento invocado, que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio (entre otras, SSTS de 30 de diciembre de 2013 y de 14 de febrero de 2014).

En consecuencia, la esencia del presente recurso se centra en apreciar si el Tribunal de instancia justificó cumplidamente y con arreglo a razonamientos respetuosos con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, su decisión, dando respuesta en derecho a las diferentes cuestiones suscitadas en el debate procesal. Esto es, si ha dado cumplimiento al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 24.1º de la Constitución Española, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales, y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además venía ya preceptuado en el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y está prescrito por el artículo 120.3º de la Constitución, así como se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el artículo 9.3º de la misma (SSTS 522/2008, de 4 de diciembre y 800/2015, 17 de diciembre de 2015).

3. Por todo lo expuesto comprobamos que en el caso concernido no se dan los supuestos que permitirían una revisión de los hechos, en base a los cuales se ha dictado una sentencia absolutoria.

Ello hace que por esta sola razón, y al margen de los motivos articulados por quebrantamiento de forma, una sentencia absolutoria atacada, por la vía de la tutela judicial efectiva, por aquél que sostiene la existencia de una conducta penal sancionable, no puede ser alterada o sustituida por otra condenatoria o que agrave el tenor del fallo, por ausencia de las garantías procesales y constitucionales mínimas (inmediación del Tribunal sentenciador).

Consecuentes con todo lo dicho el motivo se desestima y con él el recurso de casación.

QUINTO.- La desestimación de los motivos hace que las costas del recurso se impongan al recurrente, conforme al art. 901 L.E.Cr.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por la representación de la Acusación Particular **D. Javier** contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 24 de octubre de 2016 que absolvió a los acusados Dña. Adoracion, Dña. Estela, Dña. Otilia y D. Samuel, de los delitos sobre ordenación del territorio y prevaricación urbanística. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso, y a la pérdida del depósito constituido. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Jose Ramon Soriano Soriano Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco Perfecto Andrés Ibáñez