



Roj: **STS 2235/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2235**

Id Cendoj: **28079120012023100380**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2023**

Nº de Recurso: **1997/2021**

Nº de Resolución: **321/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 321/2023

Fecha de sentencia: 09/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1997/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/04/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1997/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 321/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 9 de mayo de 2023.



Esta Sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº 1997/2021 interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL** y por **OCAXET DE COMBUSTIBLES, S.L.**, representada por la Procuradora Sra. D^a. María Pilar Hidalgo López y bajo la dirección letrada de D^a. Marta Castro Fuertes, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 23 de febrero de 2021, resolviendo en grado de apelación la causa seguida contra los citados recurrentes por delito urbanístico en la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Madrid y proveniente del Juzgado Mixto nº 2 de Navalcarnero (PA 1031/2016). Ha sido parte recurrida **Ignacio** representado por la Procuradora Sra. D^a. Pilar Hidalgo López y bajo la dirección letrada de D^a. Marta Castro Fuertes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15^a) el PA nº 1031/2016 procedente del Juzgado Mixto de Navalcarnero se dictó Sentencia con fecha 11 de noviembre de 2020 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"PRIMERO.- La mercantil acusada "OCAXET DE COMBUSTIBLES, S.L.", a través de su representante legal, el también acusado don Ignacio, quien actuaba en nombre e interés de aquella, solicitó, en fecha 15 de septiembre de 2014, licencia de obra para realizar una serie de actuaciones urbanísticas en la parcela catastral NUM000 del polígono NUM001 del término municipal de Villanueva de Perales, propiedad de la primera, concretamente

La reposición de tejas de la cubierta de un almacén con una superficie de 12 por 5 metros

La explanación con suelo de arena y 35 árboles.

La instalación de jardineras de 50 centímetros de altura,

La realización de paseos de arena,

La rehabilitación de un camino de tierra.

Dicha solicitud dio lugar al Expediente de Obra Menor nº NUM002, en el que el Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Villanueva de Perales, asimismo querellado, don Manuel, concedió, mediante resolución de fecha 28 de diciembre de 2014, la licencia de obra menor por la que se autorizaba la realización de las obras solicitadas, si bien con las siguientes condiciones:

Se admite la sustitución del material de cubierta sin variación de la geometría de la misma. Se admite la plantación de árboles, realización de jardineras y limpieza y mantenimiento del terreno

No se permiten las transformaciones de rasantes del terreno natural.

Las obras que se solicitan no deben afectar a la conservación del hábitat.

Las obras deberán realizarse sin alterar las condiciones del terreno natural en cuanto a su permeabilidad, En los caminos y la explanada que se pretenden rehabilitar no pueden alterarse las rasantes naturales del terreno.

" Ignacio, actuando como representante legal, en nombre e interés de la mercantil querellada "OCAXET DE COMBUSTIBLES, S.L.", finalizó, en fecha 22 de diciembre de 2015, en parte de la parcela catastral NUM000 del polígono NUM001 del término municipal de Villanueva de Perales, las siguientes actuaciones urbanísticas, algunas de las cuales había iniciado antes de obtener la licencia a finales del año 2014:

Un paseo de 27 metros de longitud por 5 metros de anchura, realizado con zahorra compactada.

Un porche abierto de 27 metros de largo, con barandilla metálica al que se accede por unas escaleras formadas por tres peldaños, todo ello realizado con ladrillo y hormigón y fijado al suelo de forma permanente.

Dos jardineras de obra, fijadas al suelo de forma permanente, con una altura de 40 centímetros, una anchura de dos metros y diez metros de longitud cada una de ellas.

Una explanada realizada con zahorra compactada de entre 8,5 y 14 metros de anchura y una longitud de 17,50 metros.

Una zona ajardinada con bordillo lateral de obra y una anchura media de 8 metros.

Dos accesos a unas naves ganaderas preexistentes, realizados con ladrillo y hormigón, consistentes en escaleras con cuatro peldaños cada una de ellas.



Paseo realizado con zahorra compactada de tres metros de anchura y 24,70 metros de longitud, que cuenta a su izquierda con jardineras realizadas con material de obra y fijadas al suelo de forma permanente, de 40 centímetros de altura y dos metros de anchura, así como cerramiento en el lado derecho de su perímetro, realizado con bordillo de hormigón prefabricado, unido al suelo de forma permanente.

Paseo realizado con zahorra compactada de tres metros de anchura y 40,10 metros de longitud, con cerramientos a ambos lados de su perímetro, realizados con bordillo de hormigón prefabricado, unido al suelo de forma permanente.

Rampa de acceso a una zona de estacionamiento de vehículos bordeada de zonas ajardinadas con muros laterales, con una altura, en la zona superior, de 22 centímetros y, en la inferior, de 1,40 metros, con una anchura de la rampa de 3 metros y una longitud de 5 metros, que conlleva una modificación de las rasantes naturales del terreno,

Zona de estacionamiento de vehículos de 57 metros de longitud y una anchura de entre 23 y 40 metros, siendo la anchura media de 31,50 metros, que cuenta con un muro de cerramiento de 85 centímetros de altura media, realizado con material de obra, muretes de contención realizados con pizarra y hormigón y una rampa hormigonada de acceso de 2,70 metros de anchura y 7 metros de longitud, así como bordillos de hormigón prefabricado, unidos al suelo de forma permanente y 27 alcorques de material de obra unidos al suelo de forma también permanente.

Conjunto constituido por escaleras formadas por un primer tramo frontal de tres peldaños y dos tramos laterales de diez peldaños cada uno, con un anchura de 1,98 metros, una fuente de dos caños adosadas a un muro de 2,30 metros de altura, realizadas con ladrillo y hormigón, una barandilla metálica, una fuente de tres caños, situada en una plataforma solada con ladrillo y dos alcorques, de 11,50 metros de largo, 1,90 metros de ancho y 16 centímetros de altura.

Un paseo realizado con zahorra compactada de 3 metros de anchura y 30 metros de longitud, con cerramientos a ambos lados de su perímetro, realizados con bordillo de hormigón prefabricado, unido al suelo de forma permanente.

Explanación realizada con aporte de materiales arenosos, de 35 por 38,50 metros, que cuenta como cerramientos con jardineras elevadas de obra, barandilla, valla metálica y poyetes de ladrillo, todo ello unido al suelo de forma permanente

Rampa y escaleras de acceso, realizadas con ladrillo y hormigón, y barandilla metálica en ambos laterales.

Fuente ornamental de 4,40 por 4,40 metros de superficie, construida con materiales de obra, situada en el centro de una explanada cerrada mediante jardineras elevadas de obra, unidas al suelo de forma permanente, de dimensiones 24,10, 22,70, 22,90 y 22,90 metros de longitud, 40 centímetros de altura, dos metros de anchura, con pasos en su zonas centrales entre 3,90 y 2,90 metros.

La parcela catastral NUM000 del polígono NUM001 del término municipal de Villanueva de Perales está situada en la Zona Especial de Protección de las Aves nº ES-0000056 "Encinares del río Alberche y río Cofio", así como en el Lugar de Interés Comunitario nº ES-3110007 -Cuencas de los ríos Alberche y Cofio", que forma parte de la Red Ecológica Europea Natura 2000, por lo que la parcela tenía la categoría de Espacio Natural Protegido.

El terreno objeto de autos tiene la clasificación urbanística de "Suelo No Urbanizable Protegido Clase IV: Espacios de interés Agropecuario Extensivo" y "Suelo No Urbanizable Protegido Clase 1.1: ZEPA"; y la finca y sus edificaciones están recogidas en la Ficha 1 5 del Inventario de Instalaciones en Suelo No Urbanizable de las Normas Subsidiarias de Planteamiento Municipal, aprobadas definitivamente en fecha 9 de junio de 2005 (NNSS), publicadas en el BOCM en fecha 12 de julio de 2005.

En la indicada parcela se situaban, con anterioridad de la entrada en vigor de las citadas NNSS, unas construcciones antiguas destinadas originalmente a una explotación ganadera. Tras la entrada en vigor del planeamiento municipal quedaron en situación de fuera de ordenación, permitiéndose en ellas únicamente las actuaciones urbanísticas destinadas a garantizar la salubridad, ornato y conservación del inmueble, conforme a dichas NNSS.

Las obras ejecutadas y descritas ut supra no pueden ser consideradas como ornato o conservación y han supuesto una modificación sustancial de las condiciones naturales del terreno en cuanto a su permeabilidad y a la alteración de las rasantes naturales del terreno.

Por todo ello, las actuaciones urbanísticas desarrolladas no solo excedían de lo autorizado por la licencia concedida sino que, además, no eran susceptibles de autorización.



SEGUNDO.- En el Expediente de Obra Menor NUM002 el Concejal Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Villanueva de Perales, don Manuel , omitió el traslado del informe técnico realizado por el arquitecto municipal y el resto del expediente, al Secretario Municipal o Letrado del Ayuntamiento a fin de que emitiese el correspondiente informe jurídico, siendo legalmente preceptivo, no obstante la licencia era susceptible de ser otorgada como así se hizo por Decreto de fecha 15 de diciembre de 2014 .

SEGUNDO.- La parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"FALLO.- Que absolvemos a Ignacio y a la mercantil Ocaxet de Combustibles S.L. en la persona de su representante legal, de los delitos contra la ordenación del territorio de los artículos 319.2 y 338 del Código Penal, con todos los pronunciamientos favorables.

Que ABSOLVEMOS a Manuel del delito de prevaricación urbanística con todos los pronunciamientos favorables.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Póngase esta Sentencia en conocimiento del Ayuntamiento de Villanueva de Perales, a los efectos oportunos.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciendo saber que contra la misma cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cuyo recurso debería interponerse, en su caso, en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación (arts. 855 y ss. de la LECrim)"

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se formuló Recurso de Apelación por el Ministerio Fiscal, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó Sentencia con fecha 23 de febrero de 2021 que, aceptando los Hechos Probados de la Sentencia de instancia, contiene la siguiente parte dispositiva:

"Estimamos parcialmente el recurso de apelación instado por el Ministerio Fiscal

ACORDAMOS SEA MODIFICADA LA SENTENCIA NÚM. 423/20 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2020, DICTADA POR LA SECCIÓN 19 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL.

CONDENAMOS A LA ENTIDAD OCAXET DE COMBUSTIBLES, S.L como autora de un delito contra la ordenación del territorio a la pena de UN AÑO DE MULTA Y CUOTA DIARIA DE 50 EUROS y a la DEMOLICIÓN DE LAS OBRAS EFECTUADAS EN LA PARCELA NUM000 DEL POLÍGONO NUM001 DEL TERMINO MUNICIPAL DE VILLANUEVA DE PERALES.

A FALTA DE CUMPLIMIENTO, LA ADMINISTRACIÓN EJECUTARÁ LA DEMOLICIÓN REPERCUTIENDO LOS COSTES A OCAXET DE COMBUSTIBLES SL EN FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

Son impuestas a la mercantil una cuarta parte de las costas procesales de las causadas en la primera instancia y se declaran de oficio las de la segunda.

Notifíquese a las partes, y una vez firme, devuelvanse los autos originales a la Sala de procedencia, con testimonio de la presente sentencia, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Particípese, en su caso, la interposición del recurso".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el Ministerio Fiscal y la entidad mercantil Ocaxet que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los siguientes motivos:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación indebida del art 28 en relación con el art. 319.1º CP

Motivos aducidos por la entidad mercantil OCAXET.

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º y 2º LECrim por indebida aplicación del art. 319.1, apartados 3 y 4 CP. **Motivo segundo.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso de Ocaxet impugnando sus dos motivos. La representación legal de Ocaxet igualmente impugnó el recurso del Ministerio Fiscal. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.



SEXTO.- Personado Ignacio en virtud del preceptivo emplazamiento como mero "interesado" no se manifestó sobre el recurso del Fiscal formulado contra él. Se acordó conferirle nuevo traslado por diez días en el que formuló alegaciones impugnando el recurso del Fiscal y adhiriéndose al interpuesto por Ocaxet.

SÉPTIMO.- Previo señalamiento, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 25 de abril de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

a).- *Recurso del Ministerio Fiscal*

PRIMERO.- Pretende el Fiscal que junto a la persona jurídica condenada, se condene también a Ignacio . El Tribunal Superior de Justicia, al estimar el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial por delito contra la ordenación del territorio, decidió condenar a Ocaxet de Combustibles, S.L. por la realización de unas obras en una parcela desbordando ampliamente la licencia concedida. Pero excluyó de la condena a su representante legal, también acusado, pese a que había ido tomando las decisiones en nombre de la empresa. Argumentó así:

"Como la actuación de la persona física tuvo lugar en nombre de la mercantil y para su interés se considera exclusivamente autor a la entidad".

La justificación contradice abiertamente el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas en nuestro ordenamiento. Ese régimen, estrenado en 2010, complementa la responsabilidad penal de las personas físicas; no la sustituye. La responsabilidad penal que corresponde a las personas físicas por su participación en hechos delictivos no se ve desplazada por el nuevo sujeto responsable penal; solamente complementada. No se trata de decidir si las consecuencias penales han de ser asumidas por la persona natural o por la jurídica, sino si, además de la persona física, debe sancionarse penalmente a la entidad por cuya cuenta actuó. Procederá esa doble sanción cuando se den las condiciones establecidas en el art. 31 bis CP.

Una cosa es que sea posible condenar a la persona jurídica sin condena de las personas físicas responsables por no haberse esclarecido su identidad o por resultar exonerados por otras razones (aunque debe quedar siempre demostrado que la conducta típica la realizaron directivos o empleados de la entidad); y otra, muy distinta es que interpretemos *contra legem* el sistema como alternativo o disyuntivo: se condena bien a la persona física, bien a la persona jurídica. Por eso la objeción del recurrido no es atendible.

El acusado tomó las decisiones y promovió las construcciones. Las acciones típicas le son atribuibles. En su caso le sería de aplicación el art. 31 CP. Pero la condena a la persona jurídica no le exonera, como bien expone el Fiscal y como se deriva de forma cristalina de nuestra regulación penal.

Solo si cupiera identificar a la persona jurídica con el responsable penal cabría renunciar a una de las condenas -la de la persona jurídica- para no lesionar la prohibición de *bis in idem*. Pero el examen de la causa y reproducción del plenario permiten entrever que no era una sociedad unipersonal sino familiar, lo que habrá de tenerse en cuenta, en todo caso, a los efectos del art. 31 ter.1 CP.

Procede la estimación del único motivo del recurso del Fiscal lo que llevará a dictar la condena correspondiente en la segunda sentencia, aunque constreñidos por la pretensión en esta sede (*tantum devolutum quantum appellatum*). No se ha invocado el art. 338 CP como sí hizo la acusación en la instancia y en la apelación.

b).- *Recurso de Ocaxet de Combustibles, S.L.*

SEGUNDO.- El primer motivo de este recurso se acoge a los dos ordinales del art. 849 LECrim.

Recupera, de una parte, el argumentario que llevó a la absolución a la Audiencia Provincial: no se habría producido daño físico medio-ambiental según se derivaría de los informes técnicos emitidos, lo que supondría que no ha quedado afectado el bien jurídico protegido. Además (art. 849.2º) se acude al informe obrante al folio 405 donde se constata que existen planes para la modificación del planeamiento en la zona, lo que permitiría vislumbrar una posibilidad futura de autorización.

TERCERO.- En cuanto al primer argumento, hay que reiterar lo ya señalado por el Tribunal Superior de Justicia. El delito del art. 319 CP no exige un elemento supralegal consistente en una afectación material del entorno que suponga un daño medioambiental. La tesis que parecía propugnar la exigencia de ese plus respecto de los puros elementos normativos enumerados en el art. 319 ha sido abandonada por esta Sala. De hecho nunca llegó a estar asentada en esos categóricos términos; tan solo incidentalmente insinuada de forma implícita (STS 54/2012, de 7 de febrero). Significativa es al respecto la STS 691/2019, de 11 de marzo de 2020.

Tal sentencia en sus preliminares se hacía eco de pronunciamientos anteriores:



" Esta Sala ya dijo en la STS de 18 de enero de 1994, y recordaba también en las SSTs 935/03, de 26 de junio o 529/2012, de 21 de junio, entre otras, que "La disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la Administración. En el urbanismo se encierra, nada más y nada menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y, como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellos viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tienen que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al " *hábitat*" de cada uno, que sin dejar de ser titular de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. En el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan. Generalizado el incumplimiento, es difícil saber a dónde se puede llegar".

Como reflejábamos ya en aquellas palabras, el rigor de la exigencia de respeto a la normativa urbanística deriva de la especial importancia del bien jurídico que el tipo penal protege, el cual se recoge en la misma rúbrica del Código Penal que enmarca el delito, si bien se complementa con la finalidad constitucional a la que aspira.

La necesidad de protección no se proyecta sobre la normativa urbanística como elemento formal o meramente instrumental para la ordenación constructiva de las edificaciones e instalaciones artificiales que se integran en el espacio natural, sino que lo hace sobre el valor constitucional que orienta la ordenación del territorio que se aborda en la norma, esto es, la protección de una regulación que se modula para suministrar a la sociedad una " *utilización racional del suelo orientada a los intereses generales*" (arts. 45 y 47 CE). Se trata así -como también reflejaba la STS 363/2006, de 28 de marzo- de prestar amparo penal a un bien jurídico comunitario de los denominados " *intereses difusos*", para los que no existe un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. De este modo, la protección se inscribe en el fenómeno general de reforzar con un reproche penal a concretos intereses supraindividuales o colectivos, respondiendo así a la exigencia de que los poderes públicos tutelen de manera finalmente efectiva estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución.

Tras ello y fijando el ámbito de operatividad del principio de intervención mínima, reprueba la tesis a tenor de la cual el delito urbanístico exigiría una cierta degradación del territorio además de las exigencias típicas contenidas en el art. 319:

"Imbricado con el principio de intervención mínima, la sentencia impugnada apela a ciertas circunstancias que entiende justificativas de la inoperatividad del tipo penal en el caso concreto. Expresa así que la acción enjuiciada no ha comportado un *plus de degradación del territorio*, en la medida en que el edificio promovido por el acusado coexiste con muchos otros que han sido levantados en el mismo paraje de suelo rústico.

Dado que entre los elementos constitutivos del tipo penal no se exige que la agresión al bien jurídico se materialice en un resultado lesivo de una gravedad marcada o específica, y precisamente por la invocación que se hace al principio de intervención mínima, lo que parece sustentar el pronunciamiento absolutorio es que la acción del acusado presentó una mínima lesividad del bien jurídico que, contemplada desde el plano de la antijuridicidad material, llevaría a rechazar la punición de su comportamiento. Un planteamiento que no resulta válido: de un lado, porque el bien jurídicamente protegido y que resultó agredido, por el específico contenido que se ha expresado, persiste pese a la realidad de otros ataques; de otro, porque la sentencia de instancia aprecia la insignificancia de los hechos atribuidos al acusado, no desde su aportación intrínseca a la transgresión de la norma, sino desde el deterioro urbanístico que constata, todo unido a que considera, de manera ciertamente singular, que la acción del recurrente, por más que haya contribuido de modo relevante al daño que el tipo penal trata de prevenir, no merece reproche porque confluye con otros ataques de la misma entidad que, de no haber existido la concreta infracción que se enjuicia, habrían provocado un deterioro del orden urbanístico semejante al que ahora se aprecia.

Es evidente que el incumplimiento de las normas urbanísticas por parte de otros vecinos no agota el bien jurídico y la necesidad de su protección, como no exime al acusado de sus obligaciones y de su propia responsabilidad. Con ello, los hechos probados de la sentencia de instancia -que en modo alguno prestan soporte al alegato de la defensa de que actuara creyendo obrar de manera legítima- lo que sí que proclaman es que el acusado construyó una edificación de unos 24 metros en un paraje denominado " *Montón de la Sierra*", al que añadió con posterioridad otro cuerpo, de modo tal que llegó a edificar una vivienda unifamiliar de 100 m² y 15 m² de porche. Expresan además que la construcción se hizo sin licencia, y añaden que el suelo tiene la catalogación de suelo no urbanizable de especial protección por planificación territorial urbanística en la subcategoría Vega del Río Guadalquivir, de modo que su contenido urbanístico legal, de conformidad con el



artículo 52 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, excluye la edificación de viviendas.

No expresa la impugnación al recurso en qué medida la planificación podría llevar a la autorización de la vivienda promovida. En todo caso, el término " *no autorizable*" significa que la obra, ya iniciada o realizada, no pueda ser reconocida posteriormente como ajustada a la legalidad, tal y como aquí acontece. **Pretender que el contenido semántico de la expresión " *no autorizable*", permite sostener la atipicidad de los hechos cuando exista una posibilidad de autorización potencial y remota de la edificación, no es acogible. El tipo penal no contempla una remisión a cualquier hipotético tiempo futuro y a la posibilidad de que pueda llegar a modificarse la legalidad urbanística, o a que concurra un momento en el que ya no sea posible actuar por haberse cerrado la vía contencioso administrativa por falta de ejercicio de la acción o por defectos formales en su planteamiento. Tal consideración vaciaría de contenido el precepto sancionador por la siempre posible eventualidad de que llegue a alterarse la legalidad urbanística. El término " *no autorizable*" hace referencia al momento de la edificación y contempla la naturaleza de la ilegalidad material que rodea a la construcción, esto es, si se ajusta o no a la ordenación entonces vigente. Para la existencia del delito no basta que la edificación se levante sin licencia, sino que es necesario que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento, supuesto en el que quedaría excluida toda autorización) (STS 73/2018, de 13 de enero).**

Se muestra así que el comportamiento del acusado modificó de manera permanente los aprovechamientos del suelo, con alteración del uso previsto para el suelo rústico no urbanizable, modificándose en ese punto la configuración paisajística de la vega del río Guadalquivir; alterándose las necesidades de los servicios precisos para el paraje; y modificando la intensidad de su uso hasta la que resulta inherente al nuevo destino que se atribuyó al terreno; lo que se potencia por la pluralidad de edificaciones en las que la edificación se integra.

Los hechos son por ello constitutivos del delito contra la ordenación del territorio que el Código Penal describe en el artículo 319.2" (énfasis añadido).

CUARTO.- Incidentalmente ha aparecido mencionada la STS 73/2018, de 13 de enero. Descalifica el intento de buscar una fórmula despenalizadora apoyada en modificaciones ulteriores del planeamiento que además, hoy por hoy, solo son proyectos o intenciones. Nunca podrán tener eficacia retroactiva destipificadora. Otra cosa es que, de confirmarse, pudieran permitir una legalización posterior.

La STS 241/2022, de 16 de marzo recogerá el hilo conductor de esa doctrina enunciada en precedentes anteriores:

"Ni el posible cambio de planeamiento, desactiva la antijuridicidad de la conducta; las normas de planeamiento urbanístico, como cualesquiera otras son de obligado cumplimiento. Si la conducta dejara de ser típica, porque la mera posibilidad de cambiar el planeamiento, o la normativa urbanística, vaciaría esta tipología.... La finalidad de tal requisito normativo, únicamente atiende a no tipificar aquellas construcciones realizadas sin licencia, aunque de haberse solicitado, se habría concedido, en cuanto no afectan al buen orden del territorio, con independencia del ilícito administrativo incurrido por la omisión; o bien, aquellos supuestos donde la no concesión de la licencia derivaba de defecto subsanable en ese momento y en atención a la legislación entonces vigente.

Ciertamente, a través de un recurso de casación, esta Sala no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este elemento normativo; sin embargo, contamos ya con criterio ampliamente reiterado en resoluciones donde denegamos la autorización para interponer recurso de revisión de sentencias firmes condenatorias por delito contra el orden del territorio, para los supuestos donde ulteriormente opera una modificación de los instrumentos de planeamiento; o la parcela en la que se construyó la edificación pasa de suelo no urbanizable protegido a suelo urbano residencial; o incluso cuando por resolución judicial en virtud del deslinde aprobado, la zona de protección de servidumbre marítima donde se construyó, se afirma fuera del dominio público marítimo terrestre.

Así, el Auto de esta Sala Segunda, de 4 mayo 2013, rec. 20296/2012, deniega autorización para interponer recurso de revisión de sentencia condenatoria por delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2 CP y delito de desobediencia del art. 556 CP, donde en síntesis los hechos que motivaron la condena consistían en una construcción no autorizable dentro de suelo no urbanizable, careciendo de las preceptivas licencias (art. 319.2 CP) y en la persistencia en las obras pese a diversos requerimientos para su paralización que le dirigió la correspondiente autoridad administrativa (desobediencia); denegación que esta Sala Segunda funda no solo en el informe del Ministerio Fiscal: "la simple manifestación de voluntad del Consistorio de proceder a modificar el Planeamiento para si es posible de acuerdo a la normativa legalizar la construcción, no varía el carácter de "edificación no autorizable" al tiempo de realizarse los hechos que es lo que exige el tipo penal aplicado. El delito no desaparece por esa intención exteriorizada por el Consistorio de proceder a dicho cambio para



tratar de regularizar la zona, que es en definitiva lo que se acuerda como criterio, sin una ejecución concreta ni resultado final"; sino además, porque:

(...) aunque contásemos ya con una plasmación efectiva de esa moción (que es solo eso: exteriorización oficial de una aspiración) y una modificación de los instrumentos de planeamiento en virtud del *ius variandi* que habilitase el acceso a la legalidad urbanística de tal construcción, ni quedaría acreditada la inocencia, ni sería propiamente un recurso de revisión el cauce para intentar proyectar en los hechos esa vicisitud. Estaríamos en todo caso ante una eventual -y en este caso nada clara- aplicación retroactiva de la legislación extrapenal más beneficiosa que debería hacerse valer por otro medio diferente (art. 2.2 CP). En cualquier caso no sobra adelantar que el principio de retroactividad de las normas que completan las leyes penales en blanco en cuanto resulten favorables al reo tiene muchas matizaciones: incluso en ese eventual escenario futuro, sería más que discutible que la infracción penal desapareciese por efecto de esa posterior reforma de la normativa extrapenal.

(...) solo cuando esa nueva norma extrapenal suponga una valoración distinta de la conducta sancionada será predicable esa aplicación a hechos anteriores . En muchas ocasiones las modificaciones legislativas no implican una nueva valoración jurídica de los hechos por parte del legislador -razón última de la aplicación retroactiva de la legislación extrapenal-, sino puros cambios fácticos que afectan al supuesto de hecho regulado. Entonces, como se ha dicho "pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un individuo que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo... realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar... El comportamiento realizado en un momento anterior continúa estando desvalorado".

Esto sucede frecuentemente en los delitos contra la ordenación del territorio. Se refieren a las normas y condiciones vigentes y exigibles en el momento en que se lleva a cabo la acción. Que posteriormente la normativa varíe esas condiciones no afecta a la antijuridicidad de la conducta pasada, ni supone necesariamente una valoración diferente y más benigna de la misma. Lo relevante es la normativa que regía en el momento de los hechos".

El carácter del suelo y la imposibilidad de conceder licencia para construir al momento de los hechos es lo decisivo. Según la sentencia no cabía posibilidad de concederse licencia al tiempo de las construcciones, con independencia de que siempre sea factible en el futuro cualquier cambio normativo. Ese futuro no altera la tipicidad de las conductas infractoras al momento de cometerse los hechos.

QUINTO.- Las consideraciones que se vierten a continuación en el recurso respecto de la responsabilidad objetiva carecen de proyección a este supuesto. Se ha condenado en virtud de una acción intencionada.

Por otra parte, no estamos ante un problema de inversión de la carga de la prueba. La carga de la prueba corre de parte de la acusación. Y la acusación ha probado la concurrencia de todos los elementos del tipo. No exigir otro elemento suprallegal no es cuestión probatoria, sino dogmática. Y no es exigible.

Las elucubraciones sobre cronología para intentar recuperar la tesis de la prescripción, además de contradecir los hechos probados, no son de recibo.

Un último apartado se dedica a la presunción de inocencia. Pero la nutrida relación de fragmentos jurisprudenciales no va seguida de un intento de proyección al supuesto concreto, lo que hace difícil articular una contestación.

En todo caso sí parece necesario consignar que la revocación de la sentencia absolutoria en apelación se ha efectuado por razones puramente jurídicas, sin connotación fáctica alguna, como insinúan los recurridos.

SEXTO.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales causadas por el recurso del Fiscal, debiendo condenarse a la otra recurrente al pago de sus costas.

FALLO

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

1.- ESTIMAR el recurso interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en fecha 23 de febrero de 2021, resolviendo en grado de apelación la causa seguida contra los citados recurrentes por delito urbanístico en la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid y proveniente del Juzgado Mixto nº 2 de Navalcarnero; por estimación del motivo único de su recurso y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con declaración de oficio de las costas de este recurso.



2.- DESESTIMAR el recurso interpuesto por **OCAXET DE COMBUSTIBLES, S.L.**, contra Sentencia y Tribunal Superior de Justicia arriba reseñado imponiendo a Ocaxet el pago de las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura

Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 1997/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 9 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de lo Penal número 2 de Navalcarnero, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª), resolviendo en grado de apelación el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y que fue seguida por delito urbanístico contra Ocaxet de Combustibles en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho la sentencia de instancia, así como sus hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Es igualmente responsable del delito definido en la anterior sentencia el acusado Ignacio al que deberá imponerse la pena fijada en el art. 319.1 CP en su extensión mínima, en particular en lo relativo a la pena de multa al venir condenada también a pena pecuniaria la entidad de la que es administrador y socio.

Prisión por tiempo de un año; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; multa por tiempo de doce meses, con cuota diaria de dos euros e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio relacionado con la promoción o construcción de viviendas por tiempo de un año, resultan extensiones ajustadas.

Se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.



FALLO

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

1.- Condenar a Ignacio como responsable de un delito contra la ordenación del territorio a las penas de **UN AÑO DE PRISIÓN**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; multa por tiempo de doce meses, con una cuota diaria de dos euros y la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio relacionado con la promoción o construcción de viviendas por tiempo de un año.

2.- Deberá abonar la mitad de las costas causadas en la instancia.

En lo demás se mantienen todos los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto sean compatibles con éste.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura

Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ