

Sala de lo Penal, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Abril de 2009.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil nueve

En el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal pende, interpuesto por los acusados N. y S. representados por la procuradora Sra. López Jiménez, contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2008 por la Audiencia Provincial de Salamanca integrada por abstención, con Magistrados de la Audiencia Provincial de Zamora, que entre otros pronunciamientos absolutorios les condenó por un delito contra la ordenación del territorio, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han reunido para su deliberación y fallo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y como recurridos: la Acusación Particular de Mariano y otros y el Excmo. Ayuntamiento de Villamayor de Armuña, representados respectivamente por las procuradoras Sra. Sánchez González. y Sra López Jiménez. Ponente, Joaquín Delgado García.

### Antecedentes

1. - El Juzgado de Instrucción número 1 de Salamanca incoó diligencias previas con el nº 2332/04 contra N. y S. que, una vez concluso, remitió a la Audiencia Provincial de Salamanca que, con fecha 14 de febrero de 2008 dictó sentencia integrada por abstención, con Magistrados de la Audiencia Provincial de Zamora, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS :

"Probado, y así se declara, que: 1.- El suelo comprendido dentro de la UE 1 del Sector 6 de Villamayor, fue objeto de un Proyecto de Urbanización, que fue aprobado por la Asamblea General de la Junta presidida por Jose Miguel , el 7/140/99 y remitido el Proyecto, el 27/10/99, para su tramitación y aprobación por el Ayuntamiento de Villamayor, lo que se produce por Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 17/4/00, concediéndose a dicha Junta de Compensación de la U.E. 1 Sector 6 (GPS Gestión), licencia de obras para la ejecución del Proyecto de Urbanización, elaborado por el arquitecto Victor Manuel y el ingeniero de caminos Baltasar .

2.- Los acusados N. , con DNI nº NUM000 , nacido en San Miguel de Valero (Salamanca), el día 09/08/55, hijo de José y Aurelia, con domicilio en Salamanca c/ DIRECCION000 , NUM001 , NUM002 , sin antecedentes penales, de profesión arquitecto y su hermano, S. , con DNI nº NUM003 , nacido en Salamanca, el día 06/09/62, hijo de José y Aurelia, con domicilio en Salamanca, c/ DIRECCION000 nº NUM004 , NUM005 , sin antecedentes penales, ostentan los cargos de Presidente y

Secretario, respectivamente, de la entidad creada por Escritura de 3/12/94, con denominación social "SANTHER DESARROLLOS DE EDIFICACIÓN SA", (acrónimo de S. Hermanos), cargos en los que fueron ratificados por escritura de 9/6/05, siendo nombrados Consejeros Delegados, junto a su hermana Micaela, para que ejercitasen las facultades conjunta y mancomunadamente. A su vez la entidad otorgó escritura de apoderamiento a favor de S. el 26/7/02, con amplias facultades para disponer, enajenar, otorgar contratos, gravar... (contenidas en los nº 1 a 14 y 16 del art. 20 de los Estatutos), facultad que ha utilizado para firmar los contratos y escrituras de las viviendas unifamiliares pertenecientes a la Urbanización La Hacienda. Consta acreditado la presentación de las cuentas anuales desde el ejercicio del año 95 hasta el 2006.

3.- En abril del 2000, la entidad Santher adquiere de GPS Gestión las parcelas que tenía en propiedad en el plan Parcial, concretamente 65 parcelas, pasando dicha entidad a pertenecer a la Junta de Compensación, quien nombró Presidente al acusado N., y, adjudicó a la entidad Santher, la ejecución de las obras de urbanización del Sector, quien para garantizar la correcta ejecución de las obras prestó aval bancario de 56.397,86 ?.

4.- Que además de ejecutar las obras de urbanización del Sector 6, la entidad Santher, en el año 2000, procedió a iniciar la construcción en dicho Sector 6 de una urbanización denominada La Hacienda, formada por viviendas unifamiliares. Para su promoción y venta se sirvió de anuncios en diversos medios de comunicación de Salamanca, donde aparecía una imagen infográfica de la urbanización, con viviendas unifamiliares y una piscina, sin que en ninguno de ellos aparezca por escrito dicho término, si las características de la vivienda (garaje en planta baja, solarium, buhardilla, ...), así en el Diario provincial La Gaceta aparecieron anuncios en las siguientes fechas 13/8/00, donde se habla del entorno natural que lo rodea, los equipamientos deportivos y culturales y sus comunicaciones, lo que hacen de él un lugar privilegiado para vivir; 20/8/00, 3/9/00, 4/9/00, 24/9/00, 27/9/00, 6/10/02, donde aparece ¿vas a perder tu oportunidad de realizar tu sueño? visite chalet piloto, 8/10/00, 22/10/00, 29/10/00, 5/11/00, 24/12/00, 11/5/03, 18/5/03, 1/6/03, 8/6/03, 15/6/03, 22/6/03, 29/6/03, 6/7/03, 13/7/03, 20/7/03, 27/7/03, 9/8/03, 17/8/03, 20/8/03, 26/8/03. También aparecen anuncios en el gratuito Dígame (15/11/00). En el suplemento especial de La Gaceta dedicado a Urbanizaciones y publicado el 20/6/03, el jefe de ventas de Santher, Conrado, en la entrevista concedida por su cuenta y riesgo y por teléfono, según manifestó en juicio, informó al Diario "que la titularidad de las calles y urbanización pasará al Ayuntamiento. La urbanización está dotada además de una piscina comunitaria que dará servicio a 106 viviendas y según el Jefe de Ventas de Santher la ubicación de zonas verdes dependerá del consistorio municipal". Asimismo en el escaparate de la inmobiliaria Cilleros, que anunciaba la urbanización, tenía expuesto la misma imagen infográfica o tríptico y, delante, un cartel a mano donde se lee "Urb. La Hacienda, chalets de 3 y 4 dormitorios, garaje, piscina", como resulta de las fotos aportadas y declaración del empleado de la Inmobiliaria.

5.- Las viviendas unifamiliares fueron adquiridas por los distintos compradores, a quienes se les había entregado previamente una carpeta o tríptico con la imagen infográfica así como una Memoria de calidades, donde aprecia las correspondientes a la estructura, cerramiento, exterior, pavimentos acabados, carpintería interior, aparatos sanitarios, calefacción agua caliente, escalera garaje y dentro del apartado de varios se hacía referencia al sistema de TV con antena parabólica colectiva, antena para TV y FM colectivas, ninguna referencia existía a la piscina ni a otro elemento común. Junto con la Memoria se entregaban los planos de la vivienda, que constaba de planta sótano, planta baja (se ubica el salón-comedor, cocina, aseo, tendedero y un pequeño jardín), planta alta y buhardilla. En los planos no aparece referencia o dibujo de la piscina. Está igualmente probado que a los futuros compradores se les enseñaba el chalet piloto, construido delante de una parcela donde igualmente se había empezado a construir los vasos para las piscinas y se les decía por los empleados que estaban en la oficina de ventas, que dichas piscinas eran para uso de los propietarios de las viviendas.

6.- Las viviendas unifamiliares fueron adquiridas por los siguientes compradores, en documento privado, elevado a público, en las siguientes fechas:

NÚMERO

DENUNCIANTE FECHA DOCUMENTO PRIVADO DE

COMPRAVENTA FECHA DE LA ESCRITURA DE  
COMPRAVENTA NÚMERO CHALET (....).

7.- Que los hermanos, hoy acusados, mantuvieron conversaciones verbales con los miembros de la anterior Corporación (periodo 1999/2003), Alcalde, Teniente Alcalde, a cerca de la viabilidad de construir unas piscinas en la parcela calificada como Zona Verde ZV 3 a), quienes no se opusieron siempre y cuando fueran legal dicha posibilidad, por lo que los acusados pensaron que les iban a ser autorizadas. Así, el 23/6/00, N. , como Presidente de la Junta de Compensación del Sector 6, presenta escrito en el Ayuntamiento exponiendo: que a efectos de una mejor utilización del sector, y de una mayor calidad de las instalaciones deportivas del mismo, solicitabase autorice la realización de instalaciones deportivas consistentes en pistas y piscinas en las zonas libres adjudicadas a esa Corporación (se adjunta el plano correspondiente, apareciendo diversas instalaciones en la ZV2) y en compensación por la inversión que se realice, que revertirá al Ayuntamiento, se solicitaba la concesión de uso privativo de las instalaciones, por un plazo no inferior a 20 años, revirtiendo a continuación al municipio y en este sentido pedía que se adoptase acuerdo autorizando las instalaciones referidas.

8.- De la anterior solicitud se dio traslado a la Arquitecto Municipal, Sra. Frida , que con fecha 10/9/01, emite informe del siguiente tenor: El Plan Parcial califica esta zona como "sistema de espacios de dominio y uso público, destinado por su forma y dimensiones a jardines, cuyas condiciones de uso, según el art. 3º Plan Parcial, son: uso característico: espacio libres públicos. Usos tolerados: uso público comercial. Permitido en instalaciones desmontables provisionales de ferias, fiestas, etc. y en instalaciones permanentes de superficie no superior a 40m<sup>2</sup>. Usos prohibidos: uso residencial en todas sus categorías. El art. 49.3 del Reglamento de Planeamiento establece que no se podrán prever en este tipo de espacios utilizaciones privativas o anormales que excluyan o limiten el uso público o permitan un uso no conforme a su destino de sistema de espacios libres. Por todo ello no es posible atribuir a esta parcela pública un uso privativo que, además, conlleva distinta calificación urbanística de suelo, en tanto que un uso deportivo no contemplado como tolerado en el Plan Parcial. Por lo que técnicamente se informa desfavorable la propuesta presentada, si bien, el informe jurídico determinará lo procedente.

9.- La Secretaría Municipal, en su informe jurídico de 4/6/02, emitido desde un punto de vista urbanístico, por lo tanto sin entrar a informar sobre los bienes municipales, gestión de servicios públicos y su contratación, después de efectuar una descripción del procedimiento que terminó aprobando el Sector 6 y Proyecto de Compensación, manifiesta que en este se adjudica al Ayuntamiento, entre otras, la parcela C 5, de 4.128,51m<sup>2</sup>, "Zona Verde 2". Que los arts. 3.1-2 y 4 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, define los bienes de servicio público, entre los que incluye piscinas y campos deportivos, y sin perjuicio de la alteración de la clasificación jurídica de los bienes de las Entidades Locales, regulado en el art. 8º RB, que permite privar a los bienes de dominio público de su carácter de tales, la legislación urbanística permite el cambio de uso mediante el trámite de "Modificación del Instrumento de Planeamiento (Plan Parcial y Proyecto de Compensación)", según el procedimiento previsto en el art. 58 Ley de Urbanismo de C-L, que prevé que las modificaciones de planeamiento que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres existentes o previstos en el planeamiento, deberán ser aprobados por Decreto de la Junta de C-L, previo informe favorable del Consejero competente por razón de la materia y del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma. La legitimación para instar el cambio puede ser del Ayuntamiento, por motivos de interés público o manifiesto "pero el bien seguiría afecto al uso público y no restrictivo para los vecinos aunque su gestión fuera indirecta".

10.- Toda vez que los acusados ya habían iniciado la construcción de las piscinas, sin haber obtenido, ni solicitado la correspondiente licencia, los Servicios Municipales del Ayuntamiento, el 5/6/02, procedieron a levantar el correspondiente boletín de denuncia, al que acompañaron fotos donde se observa el estado avanzado de la construcción; dictándose a continuación Resolución de 13/6/02 en la que se ordena la paralización de las obras de construcción de las piscinas y la restauración de la legalidad urbanística, a fin de que los terrenos queden dispuestos para su destino sin necesidad de ninguna actuación material posterior, caso contrario, se procedería a la incoación de procedimiento sancionador por infracción urbanística muy grave y de restauración de la

legalidad urbanística. No consta se adoptó alguna medida material para clausurar las obras, tales como su precinto...

11.- Siendo conocida, o pudiendo serlo por el público en general, la situación legal de las piscinas, y de los terrenos en los que se asienta, al abrirse expediente público de paralización de su construcción, continúan las gestiones en el Ayuntamiento, junto con los promotores, para tratar de dar una solución al problema planteado con la construcción de las piscinas en la parcela destinada a zona verde.

12.- Cercanas las elecciones municipales (se celebrarían en mayo de 2003), el tema, de la construcción de las piscinas, en una parcela destinada a zona verde, salta a la prensa y en los diarios El Adelanto y La Gaceta, de fecha 12/3/03, la entonces Concejala en la oposición, hoy Alcaldesa, D<sup>a</sup> Angelina , denuncia públicamente la existencia de una piscina ilegal en la urbanización La Hacienda.

13.- El 17/3/03, se producen nuevas reuniones entre una comisión de vecinos de La Hacienda, la promotora, acudiendo los hoy acusados, y el equipo de gobierno del Ayuntamiento, donde se garantiza la recepción de las viviendas y el otorgamiento de las correspondientes licencias de ocupación que, efectivamente, posteriormente tuvo lugar y, en cuanto a las piscinas, se acuerda estudiar y ver cuales pueden ser las distintas alternativas para restaurar la legalidad.

14.- A fin de encontrar nuevas alternativas, se solicita nuevo informe a la Secretaria del Ayuntamiento, emitido el 14/3/03, donde se analiza la situación de hecho que existe en ese momento y después de exponer los antecedentes necesarios, y después que el 13/6/02, tras una vista de inspección, se comprobase la realización de la obra de construcción de la piscina, ordenándose su paralización, informa: 1.- que no figura en el expediente administrativo contestación alguna a la petición realizada el 23/6/00 por N. , como Presidente de la Junta de Compensación del Sector 6, solicitando se autorice la realización de instalaciones deportivas consistentes en pistas y piscinas en las zonas libres adjudicadas a esa Corporación. (Según los arts. 42 y 43 LRJAPPAC, de no existir resolución expresa, transcurridos 3 meses, se entiende producida resolución por silencio administrativo desestimando la petición). 2.- El interés público municipal reclama de manera inmediata la restauración de la legalidad, que ofrece dos alternativas: a) cumplimiento plan parcial, lo que supone corregir la alteración urbanística del espacio libre; b) instar por el promotor modificación del Plan Parcial y del Proyecto de Urbanización por el procedimiento del art. 53.3 LUC-L. Ahora bien, aprobada la modificación y ejecutada la obra, la construcción pasaría a ser un bien de dominio público, destinado a un servicio público. En cuanto a la fórmula de gestión solicitada de concesión de uso privativo por 20 años, de conformidad con los arts. 75 y 74.3 del RBEL (RD 1372/1986, 13 de junio, el uso privativo es el constituido por la ocupación de una porción de dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados. En el caso de las piscinas resulta de aplicación el art. 74.3 RB y 114.1 del RSCL bien de uso público por prestación de servicio público municipal y los servicios de competencia municipal podrán prestarse

mediante concesión administrativa, recogiendo el art. 1430 TRLCAAPP los conceptos de gestión de obra pública, tratándose en este caso no de la concesión de un bien de dominio público, sino de un servicio público. 3 La protección de la legalidad urbanística supone la imposición de una sanción por infracción urbanística, en el caso concreto que no ha sido recibida la urbanización y siendo posible antes de su finalización corregir la alteración urbanística de espacio libre, bien por otorgar el uso característico que figura en la ordenanza, bien por aprobación definitiva por Decreto de la junta de C-L de la modificación cualificada, se hace necesario conocer el resultado final para calificar la infracción. Concluye: Procede resolver expresamente la petición efectuada, indicando que en el caso de optar por la 2ª vía, la piscina será municipal y el Ayuntamiento deberá decidir sobre la forma de gestión de un servicio público y no sobre la utilización privativa de un bien de dominio público).

15.- El 20/3/03 la Arquitecto Municipal Frida , a solicitud de la alcaldía, emite un informe sobre espacios libres de dominio y uso público y, concretamente, sobre la posibilidad de realizar una modificación calificada del Plan Parcial en el Sector 6, donde se ha construido unas piscinas en una zona de espacios libres públicos, con base a que ha habido una cesión de espacios libres públicos superiores al mínimo establecido, todo ello con la pretensión de segregar ese excedente, de espacios libres públicos cedidos, y convertirlos en privados, a la vez que se modificarían las ordenanzas, para que en estas zonas, el uso apareciese como tolerado. En el informe se hace resaltar: 1.- Según el Plan Parcial del sector 6, la reserva obligatoria derivadas del R del Planeamiento sería de 2.934m<sup>2</sup> y con relación a la superficie ordenada (61.360m<sup>2</sup>), el 10% sería de 6.136m<sup>2</sup>. 2.- En el Plan Parcial la superficie destinada a espacios libres de dominio y uso público es de 7.286,63m<sup>2</sup>, por lo tanto la superficie cedida es superior al mínimo en 1.150m<sup>2</sup>. 3.- los 7.286,63m<sup>2</sup> se distribuirían de la siguiente manera: 504 m<sup>2</sup> para áreas de juego y recreo para niños, 5869m<sup>2</sup> para jardines y 913,47m<sup>2</sup> para zona verde. 4.-La parcela donde se han ubicado las piscinas es la denominada Z.V.3.a, correspondiente a jardines y, según el Plan Parcial tiene una superficie de 4139,245m<sup>2</sup>. 5.- Una vez realizada consulta a la Comisión Territorial de Urbanismo se estima que para que pueda ser viable la modificación propuesta se requiere: 1º que se mantenga el mínimo establecido del 10% de la superficie cedida como sistema de Espacios Libres Públicos. 2º Que la parcela destinada a espacios libres públicos (jardines), ZV3a, mantenga, tras la modificación, una superficie no inferior a 1000m<sup>2</sup>, en la que pueda inscribirse una circunferencia de 30 m de diámetro mínimo(art. 4 RP). 6.-Tras la inspección de las circunstancias físicas "in situ", se comprueba que es posible el cumplimiento del punto segundo, siempre que se elimine la piscina destinada a niños que ya está construida. "Sin embargo, como técnico municipal he de hacer constar que la aprobación de esta modificación ha de ser realizada por Decreto de la Junta de C-L".

16.- El 21/3/03 el Ayuntamiento convoca a los vocales de la Comisión Informativa de Urbanismo, Obras y Servicios y Medio Ambiente para informar sobre planteamiento de soluciones con relación a la situación creada en la urbanización La Hacienda, relativa a la construcción de piscinas y obras en zona verde.

17.- La Secretaria del Ayuntamiento, con fecha 21/3/03, emite nuevo informe sobre la posibilidad de realizar una modificación del Plan Parcial Sector 6, donde se han construido unas piscinas en una zona de espacios libres públicos, basado en que las cesiones de espacios libres públicos son superiores al mínimo establecido. Después de remitirse al procedimiento del art. 58 de la LUCL, informa que "la modificación del Plan Parcial pretendida supone segregar el excedente de espacios libres públicos cedidos, convirtiéndolos en privados, a la vez que modificaría la ordenanza de dicho Plan Parcial para que en estas zonas el uso deportivo apareciese como tolerado. Esta opción ha sido informada favorablemente por el arquitecto municipal (vid informe de 20/3/03) si bien se hace necesario restaurar la legalidad, que a mi juicio supone: corregir la alteración urbanística del espacio libre, necesario para continuar recepcionando parcialmente la urbanización. Instar la modificación cualificada del Plan Parcial indicando expresamente el área donde se proponga la modificación del régimen urbanístico vigente". A la vista de los informes de Arquitecto y Secretaria, el Alcalde convocó una sesión, extraordinaria para el 26/3/03 para tratar el planteamiento de soluciones de las piscinas.

18.- El 28/3/03, 40 vecinos de la Urbanización, La Hacienda, remiten escrito al Ayuntamiento haciendo saber que en marzo han tenido conocimiento de las irregularidades existentes en relación al uso y dominio de las parcelas de la urbanización. Que tras la reunión con el alcalde el 17/3/03, Concejala de Urbanismo, portavoz del PSOE y empresa Santher ( Luciano y Carlos Alberto ) se ofrecieron las soluciones siguientes: cierre y destrucción de instalaciones, concesión administrativa de uso público, modificación cualificada de la zona de emplazamiento de la piscina. Asimismo por diversas reuniones mantenidas con el Jefe de Servicio de la Consejería de Fomento, les expreso, que era posible el transformar la zona de determinados viales a zona verde así como la modificación cualificada. Que apruebas y apoyan la siguiente opción: modificación cualificada de las zonas de viales y que pasen a zonas verdes; que la zona donde está la piscina pase a zona de equipamiento o servicio; segregación de la superficie resultante de la diferencia entre la superficie mínima exigida que la constructora debe ceder al ayuntamiento y la suma total de superficie destinada a zona verde o espacio libre pública. Para que todo esto sea apoyado se hace imprescindible que la superficie resultante destinada a uso y disfrute privativo de los vecinos tenga una superficie mínima de 2.300m<sup>2</sup> y excedida de la que la empresa.

19.- el 8/4/03 el Alcalde remite consulta al Servicio Territorial de Fomento de la Junta de C-L donde pone en su conocimiento que se ha construido una piscina en la ZV3a, del plano que se adjunta y que no cumple la normativa higiénico sanitaria para piscina de uso público, siendo su destino "previsto" el uso particular. Con estos antecedentes se cuestiona. ¿sería posible compatibilizar la piscina ubicada en zona destinada a espacios libres públicos con el uso descrito en el plan parcial mediante concesión administrativa?. En el caso de ser compatible ¿sería posible continuar recibiendo parcialmente la urbanización? ¿La situación de hecho originada constituiría infracción? ¿De qué tipo? ¿Sería posible mediante modificación cualificada del plan parcial redistribuir los espacios libres de uso y dominio público?. A continuación explica las características del plan parcial, que se ha producido una cesión de zonas verdes superior al 10%, que bajo una línea de alta tensión aparece una franja de vial de 15 m, parte de la cual puede incorporarse al sistema de espacios libres de dominio y uso público. El ST de

Fomento le solicita a su vez al Ayuntamiento si ha concedido licencia de obra para la construcción de la piscina y que en caso afirmativo se la remita. Contestando que no ha concedido licencia (30/4/03). EIST Fomento contesta a la consulta el 20/5/03, en el sentido de recordarle el contenido del art. 111 Ley 5/99 de urbanismo de C-L: Competencias 1. Corresponden al Municipio las siguientes competencias de protección de la legalidad urbanística en su término municipal: a) La inspección urbanística. b) La adopción de medidas de protección y restauración de la legalidad urbanística. c) La imposición de sanciones a las infracciones urbanísticas.

20.- El 14/4/04 S. , en representación de Santher, adjunta al expediente informe que había pedido al Servicio Territorial de Fomento y que emitió el 12/4/04 donde a la pregunta de si la construcción de una zona deportiva consistente en dos piscinas es conforme con la normativa urbanística de Castilla y León y que posibilidades de gestión privada existe para este equipamiento deportivo público, el informe remite al contenido del art. 38 de la Ley de Urbanismo de C-L y 120 del Decreto 22/2004, de 29 de enero donde se dice que los espacios libres públicos deben ser de uso y dominio público y deben facilitar su accesibilidad y su uso por la población. Por lo tanto la titularidad de la dotación es municipal por accesión d. Dotación. A continuación expone las distintas formas de gestión de los servicios públicos, con especial extensión dedicada a la concesión.

21.- Por Resolución de 22/8/03, se acuerda incoar Expediente Sancionador (Nº NUM025 ) a Santher (en estas fechas, 20 a 25 de agosto de 2003, el Alcalde delegó sus competencias en el teniente Alcalde, Adrian ; consta, igualmente, en el testimonio del Expediente sancionador, que la Concejala Dª Angelina , había solicitado, por escrito de 3/3/03, copia completa del mismo así como la celebración de un pleno extraordinario; también en el expediente está unido informe jurídico de Estibaliz de fecha 14/3/03, sobre la situación de hechos que existe en ese momento, con respecto a la construcción de piscinas y otras obras en la parcela situada en la urbanización La Hacienda, Sector 6. Asimismo la Concejala Doña. Angelina , por carta de fecha 15/5/03, solicita a la Alcaldía, que sin más dilaciones incoara expediente sancionador) por infracción urbanística muy grave del art. 115 1-a) de la L 5/99, 8 de abril. ("Constituyen infracciones urbanísticas muy graves la demolición de inmuebles catalogados en el planeamiento urbanístico, y además las acciones calificadas como infracción grave en el apartado siguiente, cuando se realicen sobre bienes de dominio público, terrenos reservados para dotaciones urbanísticas públicas o suelo rústico con protección"). Se dice en dicha resolución, que las obras no son susceptibles de legalización, ya que son contrarias al régimen establecido para los espacios libres de uso y dominio público, regulado en el art. 6.3 Plan Parcial de la Unidad de Ejecución nº 1 del sector 6, aprobado definitivamente por la Comisión Provincial de Urbanismo en sesión de fecha 5/3/98; asimismo contradice lo estipulado en el art. 49.3 RD 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento ("En la fijación de los usos permitidos por el Plan Parcial para los terrenos destinados a parques y jardines públicos no se podrán prever utilizaciones privativas o anormales que excluyan o limiten el uso público o permitan un uso no conforme a su destino de sistema de espacios libres"). La sanción que corresponde según art. 117.1ªa) es de multa de 50.000.001 pesetas a 300.000.000 de pesetas, si bien el art. 117.3 LU, se podrá aplicar una reducción del 50 por ciento en la

cuantía de la sanción, y eximir de las medidas accesorias previstas en el apartado seis, cuando el responsable se comprometa a legalizar los actos sancionados, si éstos fueran compatibles con el planeamiento urbanístico, o en caso contrario a restaurar la legalidad urbanística, garantizando dichos compromisos por el 50 por ciento del importe de las actuaciones necesarias. Previamente, el 21/8/03, se ha girado visita de inspección por el arquitecto técnico municipal, Sr. Segismundo , y se comprueba la edificación de dos piscinas, una de adultos de 25x12 m y otra de chapoteo de niños de 4 x 4 m, situadas en la parcela ZV.3ª, zona verde. Notificada la incoación del expediente por N. , como Presidente de la Junta de Compensación, se presentó escrito de alegaciones, el 4/9/03, solicitando el archivo del mismo. Por Decreto de la Alcaldía de 24/2/04, se declara la caducidad del expediente sancionador NUM025 , al haber transcurrido más de 6 meses desde que se inició sin que haya caído resolución expresa, y se acuerda incoar expediente sancionador por infracción urbanística nº NUM072 , de la que es presuntamente responsable, como promotora y constructora, la empresa Santher, por la realización, sin la preceptiva licencia municipal, de dos piscinas en la parcela ZV3a), calificando los hechos de infracción muy grave, sancionada con multa entre 300.506,05? hasta 1.803.036,31 ? (art. 117.1a) Ley 5/99). Decreto notificado a la empresa por medio de la empleada, María Purificación , quien firma el acuse de recibo 26/2/04.

22.- Por resolución de la Alcaldía 4/6/04 se requiere a Santher para que proceda al desalojo de las edificaciones ilegalmente ocupadas al carecer de licencia municipal de 1ª ocupación, así como a precintar las piscinas, ilegalmente construidas en la parcela ZV3a), de propiedad municipal.

23.- S. , en nombre de Santher, a la vista del expediente sancionador abierto, solicita por escrito de 26/8/04 reunión con la Alcaldesa, teniendo lugar el 28/8/03, a la que acuden la Alcaldesa, la Instructora, y la Secretaria del expediente sancionador, la Concejala de Urbanismo, asistidos por un letrado y los hoy acusados, de la reunión se levanta acta donde se hace constar únicamente que se les informa de la apertura del expediente sancionador, la multa y la posibilidad de reducción de su cuantía de conformidad con el art. 117 LU.

24.- El 20/10/04 La Junta de Compensación del Sector 6 cede al Ayuntamiento las obras de urbanización ejecutadas por Santher, instalaciones, dotaciones ejecutadas, salvo las instalaciones de piscinas y anejos que dicha entidad ha llevado a efecto en la parcela ZV3a destinada a zonas verdes.

25.- Por escrito de 4/8/04 S. , en nombre de Santher aporta al Ayuntamiento informe solicitado al ST de Fomento y emitido el 12/3/04 el informe da respuesta a la pregunta formulada por la constructora que deseaba conocer si la construcción de unas piscinas en zona deportiva era conforme a la normativa urbanística de C-L y que posibilidad de gestión privada existía para este equipamiento deportivo público, toda vez que las piscinas estaban destinadas al uso de la Comunidad de Propietarios de la Urbanización en la zona destinada en el Plan Parcial aq espacios libres públicos. El organismo correspondiente después de citar el art. 38 L 5/99 y 120 del D 22/04

que aprueba el Reglamento de Urbanismo de C-Linforma que "la construcción de dicho equipamiento es compatible con la normativa urbanística, ahora bien, al realizarse en la zona destinada en el Plan Parcial a espacios libres públicos la titularidad de dicha dotación es municipal por accesión. Por lo que se plantea la cuestión de si existe alguna posibilidad de gestión privada para este equipamiento deportivo público. A continuación realiza un estudio de las diversas formas de gestionar los servicios públicos (gestión directa, mixta, indirecta o concesionario, art. 156 TRLC Contratos AAPP) y que el Ayuntamiento podría elegir el sistema de gestión que estime más idóneo para este servicio. Para el caso concreto el informe se inclina por la concesión de servicio público regulado también en R Servicios Corporaciones Locales, en todo caso con límite de 50 años y la elección del contratista se elegiría por medio de concurso.

26.- A instancias del Juzgado Instructor, el Servicio Territorial de Fomento emite informe, 1 23/6/05, sobre las condiciones de legalidad y posibilidad de legalización de las piscinas construidas y después de citar la disp. adic. única del D 22/04, 29 de enero, del R Urbanismo C-L y art. 38.1 c) LUC-L, declara que las piscinas entran dentro del concepto de espacio libre público como área de ocio, expansión y recreo o incluso como zona deportiva. Por tanto, la construcción de dicha dotación es plenamente compatible con la normativa urbanística, si bien al ubicarse en la zona prevista en el Plan Parcial para espacios libres públicos su titularidad habrá de ser pública. (f288). El momento en que los espacios libres públicos adquieren la condición de suelo de dominio público éste es cuando, terminada la ejecución de las obras de urbanización incluidas en la actuación urbanística, el Ayuntamiento procede a su recepción (art. 207, 208 y 199) RUC-L.

27.- El 9/6/04 El Ayuntamiento de Villamayor presenta denuncia contra el representante de Santher y contra N. , Presidente de la Junta de Compensación del sector 60 por presunto delito.

28.- El 14/6/04 la Alcaldesa Doña. Angelina se dirige a los propietarios de viviendas de la urbanización La Hacienda poniendo en su conocimiento las razones por las que no cuentan con licencia de 1ª ocupación ni está recibida la urbanización.

29.- Carta remitida por N. el 3/8/04 al letrado de los perjudicados (en contestación a la recibida el 27/7/04), donde manifiesta haber construido las piscinas en virtud de acuerdo verbal del equipo de la anterior corporación, que la construcción de piscinas es compatible con la normativa urbanística y en caso que el Ayuntamiento no acceda a legalizarlas tienen el propósito de construir una nueva para uso de los miembros de la Comunidad de Propietarios DIRECCION001 . El 7/9/04 remite nueva carta al letrado de los perjudicados donde dice que ante las dificultades y demora del Ayuntamiento para legalizar las piscinas, dice haber presentado en dicha entidad licencia de autorización de uso excepcional del suelo rústico a resolver por la Junta de Castilla y León, de quien dicen, haber recibido impresiones favorables (acompaña a la carta el escrito de 7/9/04 solicitando la correspondiente licencia para de cambio de uso para poder construir unas segundas piscinas).

30.- El 30/9/04 La Alcaldesa dirige una carta al Jefe del ST de Fomento en el que remite los informes existentes en el ayuntamiento a propósito de las piscinas así como la carta que envió a los vecinos el 14/6/04 (f. 1048).

31.- Ante la imposibilidad de legalizar las piscinas construidas, los acusados trataron de proporcionar el uso de otras, así N. , en nombre de Santher, solicitó el 7/9/04 (nº reg. 4.207) licencia de autorización de uso excepcional de suelo rústico para la instalación de dos piscinas en la finca nº NUM029 , que fue denegado por resolución del Ayuntamiento de 23/9/04 por ser un uso contrario a la clasificación del suelo, no autorizable, incompatible con la protección otorgada y que no puede ser objeto de autorización de uso excepcional, además se dice, que no puede apreciar ni requerir la previa declaración de interés público de las instalaciones proyectadas, al estar configuradas como dotaciones deportivas de carácter privado, para un solo determinado número de usuarios, no vinculadas al servicio público. Esta piscina se ofreció a los compradores de viviendas en el curso de las conversaciones con el Ayuntamiento (vid carta de Santher de 7/9/04). Nuevamente, insistiendo en proporcionar el uso de otra piscina, por escritura pública de 9/5/05, el acusado S. , en nombre de Santher, adquirió de Camila , la finca rústica nº NUM058 del polígono NUM073 , dedicada a regadío al sitio de Puercas o Vinalbos de 1H, 50ª. 54ca y precio de 165.000 ?. En esta parcela, que ocupa unos 4.129 m2, los acusados han procedido a construir unas piscinas, según proyecto de ejecución visado el 27/9/05 (consta un presupuesto de 118.486,61 €, así como memoria, mediciones, estudio de seguridad y salud) que tras las subsanaciones requeridas, según informes del arquitecto municipal, con fecha 10/11/05 le es concedió licencia urbanística nº 141/05. Por carta de 6/6/06 Santher comunica a los propietarios que las piscinas se han finalizado y están listas para su uso, corriendo con los gastos de mantenimiento, socorristas y seguros y que para su uso se expediría un carné. Estas piscinas distan aproximadamente unos 450/600 m de las piscinas primeramente proyectadas (así resulta de diversos informes y de las fotos satélites y fotografías aportadas durante la vista por acusación y defensa, donde se tardaría dos minutos en llegar en coche). El uso de las piscinas fue aceptado, sin perjuicio de las acciones a ejercitar (carta de 19/6/06).

32.- Asimismo, con la finalidad de disminuir el mal causado al Ayuntamiento, el 21/7/06 N. , en representación de la Junta de Compensación del sector 6 de Villamayor de la Armuña, presenta escrito en la entidad municipal, solicitando el derribo, de las dos piscinas e instalaciones de vestuarios situados en la parcela ZV3 del sector, reiterada la petición por escrito de 7/9/06, que fue denegada por el Ayuntamiento en Resolución de 19/10/06, en tanto no sea resuelto el procedimiento judicial instado y a la vista del art. 319.3 del CP. Contra dicha resolución se ha interpuesto, el 19/12/06, recurso Contencioso Administrativo (PO 660/06 Juzgado Contencioso Nº 2 Salamanca), que ha sido contestado por el Ayuntamiento, el 18/4/07, oponiéndose y alegando litispendencia, no constando resolución judicial definitiva.

33.- Las viviendas unifamiliares se han revalorizado, así, según Informe del arquitecto Nicanor , su valor, al año 2007, es de 366.660 ? (coste de construcción por contrata de 147.470 ?), donde igualmente manifiesta que la ubicación de las actuales piscinas, ejecutadas a distancia de las viviendas (300 m., otros informes hablan de 500 a 600 m) hace que su uso y disfrute no sea directo ni inmediato, y el resto de zonas ajardinadas apenas se disfrutan al estar alejadas y por lo tanto su uso y disfrute se ve mermado.

34.- La Arquitecto Municipal, el 4/8/03, informa que para el Ayuntamiento, los terrenos ocupados por la parcela donde se ubican las piscinas, de 4139 m<sup>2</sup>, sería de 406.918,79 ?."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los hermanos N. Y S. , como autores de un delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en elart. 319 del Código Penal, ya definido, con la concurrencia de la atenuante analógica de reparación del daño, a las siguientes penas:

a) Pena de 1 año de prisión e inhabilitación especial para la actividad de promoción y construcción durante todo el tiempo de la condena.

b) Multa de 15 meses con fijación de una cuota diaria de 30 ?, con arresto sustitutorio de un día por cada dos cuotas impagadas.

c) se le condena a llevar a cabo la demolición de la obra efectuada en la parcela ZV 3<sup>a</sup>), debiéndola dejar en el mismo estado que, según el Plan de Urbanización y de Planeamiento, debían haberla entregado al Ayuntamiento de Villamayor.

d) Se les condena al pago de un tercio de las costas procesales, con inclusión de las de la Acusación Particular, declarando las 2/3 partes restantes de oficio.

e) Se hace expresa reserva de acciones civiles a los perjudicados, compradores de las viviendas unifamiliares en la urbanización La Hacienda.

QUE DEBEMOS ABSOLVER a N. y S. de los delitos continuados de estafa y contra los consumidores.

Notifíquese la presente resolución a los condenados personalmente y, a las demás partes, por medio de sus representantes legales, haciéndoles saber que pueden interponer contra ella recurso de casación, preparándolo ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes al de la última de las notificaciones de esta Sentencia."

3.- Por dicha Audiencia se dictó AUTO DE ACLARACIÓN con fecha 14 de abril de 2008 con la siguiente PARTE DISPOSITIVA:

"S.Sª Ilma. ACUERDA ACLARAR la sentencia dictada el 14 de febrero de 2008 en el PA 9/07 en el sentido de entender que con cargo a los condenados deben correr 1/3 de las costas causadas por la acusación particular representada por Mariano y otros y la totalidad de las costas correspondientes a la Acusación Particular representada por el Ayuntamiento de Villamayor; asimismo aclarar que el nombre del acusado al que nos referimos a lo largo de la resolución es N. y no Carlos Miguel."

4.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por los acusados N. y S., Acusación Particular Mariano y OTROS que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

5.- La representación de Mariano y OTROS que prepararon e interpusieron recurso de casación en calidad de acusación particular, desistieron de dicho recurso, por haber llegado a un acuerdo con los dos condenados, desistimiento que fue aceptado por esta sala mediante auto de 6 de octubre de 2008.

6.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados N. y S. se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Al amparo de los arts. 849.1 y 852 de la LECr en debida aplicación del art. 319.1 y por conculcación del principio de legalidad penal del art. 25 CE. Segundo.- Al amparo de los arts. 849.1 y 852 de la LECr en debida aplicación del art. 319.1 y por conculcación del principio de legalidad penal del art. 25 CE. Tercero.- Al amparo de los arts. 849.1 y 852 de la LECr por no motivación ni acreditación en la sentencia del dolo o elemento subjetivo del delito del art. 319.1 CP.

7 .- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal impugnó todos los motivos, la sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

8. - Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la deliberación y fallo el día 25 de marzo del año 2009.

#### Fundamentos

PRIMERO .- La sentencia recurrida condenó a N. (arquitecto) y a su hermano S. , ambos promotores inmobiliarios, como coautores de un delito sobre ordenación de territorio del art. 319 CP por haber realizado en zona verde unas obras de construcción destinadas a piscina para una urbanización, en el pueblo de Villamayor de Armuña (Salamanca) que estaban realizando los dos hermanos a través de la empresa "Santher Desarrollos de Edificación S.A." El ayuntamiento de tal localidad, que viene actuando en el procedimiento como acusador particular, paralizó la construcción de la mencionada piscina y la referida empresa hizo otra para la misma urbanización aunque algo más alejada del emplazamiento de esta, unos 500 metros. Se sancionó a tales dos hermanos las penas de un año de prisión e inhabilitación especial por el mismo tiempo y a una multa de 15 meses con cuota diaria de 30 ? para cada una, extendiendo la condena a la demolición de la obra efectuada en la zona verde.

Mariano y otros, en calidad de acusación particular prepararon y formalizaron recurso de casación; pero luego desistieron por haber llegado a un acuerdo con los dos condenados, habiéndose dictado auto por esta sala reconociendo tal desistimiento.

Por ello, el presente trámite ha quedado reducido al recurso de los dos hermanos condenados que han formulado tres motivos, todos ellos impugnados por el Ministerio Fiscal y el mencionado ayuntamiento.

SEGUNDO .- En el motivo 1º, por el cauce múltiple de los arts. 849.1 y 852 LECr, se alega que la sentencia recurrida interpretó el elemento normativo del tipo de delito del art. 319.1 CP-"construcción no autorizada"- de modo extensivo y formalista, sin ajustarse a las exigencias propias del principio de legalidad de los delitos(arts. 9.3 y 25.1 CE, 3.1 CC y 1.1 y 4.1CP).

Contestamos en los términos siguientes:

A) No cabe hablar en modo alguno de que la sentencia recurrida haya violado el principio de legalidad penal que prohíbe la aplicación de las normas de este carácter (penales) más allá de los términos particularmente previstos en ella (la norma). Luego, al final de esta resolución, cuando como conclusión examinemos los diferentes elementos de ese tipo de delito del art. 319.1, veremos cómo la sentencia recurrida no vulneró tal prohibición, sino que se sujetó a los términos estrictos de esta norma penal.

B) Tampoco hubo una aplicación meramente formalista de dicho art. 319.1. Este delito no se corresponde con las figuras penales, tan denostadas por la doctrina penal actual y de los últimos decenios, de meras prohibiciones sin un contenido material constitutivo de un atentado contra algún bien jurídico digno de protección.

Nos encontramos ante la primera de todas las normas de título XVI del Libro II CP que se denomina así: "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", que se encuentra en su capítulo I titulado "De los delitos sobre la ordenación del territorio".

En el derecho actual nadie pone en duda que las leyes relativas a esta materia (ordenación del territorio) responden a una necesidad de los tiempos que vivimos, pues no sería concebible hoy en un Estado de Derecho en el que estuviera permitido que cualquiera pudiera construir o realizar obras en cualquier clase de terreno conforme a su sola voluntad. El respeto de esas normas se encuentra en la línea de unos intereses públicos que han de tener prioridad sobre los meramente privados.

Lo prohibido en este art. 319.1 constituye un daño material y físico contra esos intereses públicos, defendidos aquí por un ayuntamiento que vela por que sus vecinos y visitantes puedan disfrutar de unas zonas verdes o bienes de dominio o uso público, en la línea de protección del medio ambiente a cuyo servicio se encuentra la conservación de unos lugares particularmente protegidos por el legislador.

La conducta de los dos acusados, consistente en ocupar un lugar destinado al disfrute público por los ciudadanos, mediante la construcción, en una zona verde y además de dominio público, de dos piscinas e instalaciones anexas, algo tan evidente que nadie se atreve aquí a negar, no es solo un atentado formal contra unas determinadas disposiciones jurídicas, las normas sobre ordenación urbana, sino algo con

un contenido lesivo para un bien jurídico protegido tan importante que ha sido digno de atención por parte del legislador penal.

Desestimamos este motivo 1º.

TERCERO .- En el motivo 2º, con base en los mismos arts. 849.1º y 852 LECr, se dice que la sentencia de instancia hizo una interpretación errónea y también extensiva de otro elemento normativo del tipo, "bienes de dominio público" utilizado también en este mismo art. 319.1 CP.

Conviene poner aquí de manifiesto que este elemento del tipo, "bienes de dominio público", aparece en el texto de tal art. 319.1 unido a otros conceptos semejantes de modo que la presencia de cualquiera de ellos cumple con el requisito de este particular elemento de esta figura de delito. Son los siguientes:

-viales;

-zonas verdes;

- bienes de dominio público;

-lugar que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos hayan sido considerados de especial protección.

Lo único que interesa aquí a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a la hora de resolver este recurso, es hacer ver que este elemento del tipo se cumple, repetimos con la concurrencia de cualquiera de esos múltiples elementos que acabamos de relacionar.

Nadie cuestiona que existiera un plan general o parcial de ordenación urbana del municipio de Villamayor de la Armuña (Salamanca), aprobado antes de los hechos que estamos examinando, mediante el cual tenía la consideración de zona verde el lugar donde la empresa de los dos acusados construyó las dos piscinas y los anexos antes referidos. Con esto queda cumplido este elemento del tipo sin necesidad de entrar a examinar si ese lugar era además de dominio público, o estaba destinado a

serlo después, o si se podía o no haber solucionado la cuestión de otro modo conforme a las propuestas, consultas o informes que se hicieron.

Desestimamos este motivo 2º.

CUARTO .- En el motivo 3º, asimismo apoyado en las mismas normas procesales de los arts. 849.1 y 852 LECr, la defensa del recurrente se queja de que la sentencia recurrida no motiva la presencia de dolo como elemento subjetivo de este delito del art. 319.1 CP, añadiendo que hay dudas sobre que los acusados tuvieran conciencia de que realizaron esas piscinas en unos terrenos donde no estaba permitido (error de tipo) o que ignoraban que su comportamiento fuera ilícito.

Para contestar con claridad hemos de hacer diferentes apartados:

A) En primer lugar hay que decir que formalmente tiene razón el recurrente en cuanto que la sentencia recurrida pese a que con referencia a los delitos por los que absolvió (el de estafa y el de publicidad engañosa) sí trata el tema del dolo, no hace lo mismo en cuanto a este delito del art. 319.1 por el que condenó, como puede comprobarse mediante el examen de su fundamento de derecho 2º.

B) Pero materialmente carece de razón.

Las cuestiones que han de resolverse en la sentencia son aquellas que han sido debatidas en la instancia y quien tiene la carga procesal de introducir los temas en el debate son las partes que como tales actúan en el proceso, cada una aquellos (temas) que le interesen conforme a la posición que mantiene.

Si hay alguna cuestión jurídica que una parte quiera introducir en ese debate, tiene que proponerla en su calificación provisional manteniéndola como tal hasta el trámite de las conclusiones definitivas, o plantearla por vez primera en estas últimas, careciendo de validez a estos efectos el que se introduzca la cuestión por vez primera en el informe previo a la terminación del juicio oral. Solo así cabe decir que la sentencia de la instancia tiene del deber procesal de argumentar sobre ese punto jurídico planteado, de modo que, si no lo hace, cabe alegar la incongruencia negativa (u omisiva) que constituye el motivo de casación por quebrantamiento de forma del nº 3º del art. 851 LECr.

Por todo ello, aunque es evidente que tenemos que estar de acuerdo con toda la doctrina expuesta por el letrado de la parte recurrente sobre los deberes de motivación que incumben a los tribunales de justicia en cumplimiento de lo mandado por el art. 120.3 CE, no podemos estimar este motivo 3º en este particular: no se propuso el tema del dolo en la calificación provisional (escrito de defensa) -folios 646 a 651, tomo III- que fue elevado a conclusiones definitivas tras la celebración de la prueba en el acto del juicio oral (folio 206 vto. del rollo de la Audiencia Provincial). Por ello ahora no pueden extrañarse los recurrentes de que la cuestión no fuera tratada en la sentencia recurrida.

C) Y en cuanto a si realmente hubo o no dolo, lo primero que hemos de decir es que no cabe proponer en este trámite del recurso de casación las cuestiones que no hayan sido propuestas antes en la instancia, siempre que ello hubiera sido posible. Esta sala ha dicho y reiterado que estos temas, que denominamos "cuestiones nuevas", no pueden plantearse en casación. Tendría que haberse debatido antes ante la Audiencia Provincial para que las partes hubieran podido mostrar sus argumentos y, con todo ello a la vista del tribunal, este se habría encontrado en condiciones de resolver: el recurso de casación versa sobre lo antes acordado por un órgano judicial inferior; se trata de un medio de impugnación que responde al concepto de recurso devolutivo.

D) No obstante podemos añadir aquí que los acusados actuaron con dolo respecto de esta infracción penal del art. 319.1 CP.

El dolo, como requisito subjetivo exigido para todos los delitos dolosos consiste en el conocimiento por parte del sujeto activo de que en su actuación concurren todos los elementos objetivos del tipo delictivo.

Como bien dicen las defensas de las dos partes acusadoras que han actuado en este recurso, el Ministerio Fiscal y la representación del Ayuntamiento de Villamayor de la Armuña, concurren aquí una serie de datos de los cuales cabe inferir (prueba de indicios) que los dos acusados tuvieron el conocimiento referido cuando realizaron la construcción de las mencionadas piscinas y anexos en zona verde declarada como tal en el correspondiente plan de urbanismo.

Tales datos son los siguientes, entre otros:

1. Se trata de dos hermanos que son titulares de una empresa dedicada desde varios años atrás a la promoción de viviendas, es decir, de unos profesionales que como tales son conocedores de su oficio.

2º. Uno de tales hermanos, N. , es arquitecto de profesión.

3º. Se hizo esa construcción sin ni siquiera haberse solicitado algo tan elemental como la licencia municipal de obras.

QUINTO .- A guisa de colofón de todo lo dicho, creemos oportuno completar estos razonamientos con un examen de los elementos de este delito del tan repetido art. 319.1 CP.

Son los siguientes:

1º. Sujeto activo ha de ser quien reúna alguna de estas condiciones: promotor, constructor o técnico director, que concurre en los dos hermanos acusados.

2º. Ha de realizarse una construcción, como lo son sin duda las obras de realización de dos piscinas y sus anexos.

3º. Ha de tratarse de una construcción no autorizada, como queda de manifiesto con el dato al que nos acabamos de referir en el fundamento de derecho anterior: la inexistencia de licencia de obras.

4º. Esa construcción no autorizada ha de tener lugar "en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan, legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección". En el caso presente, como ya hemos dicho, tales dos piscinas y anexos se ejecutaron en una zona verde declarada como tal, antes de realizarse esas obras, mediante el correspondiente plan de urbanismo.

5º. Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir dolo en cualquiera de sus clases: directo de primer grado o intención, o dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, o dolo eventual. Nos remitimos a lo que acabamos de decir en el anterior fundamento de derecho. Nos hallamos claramente ante un dolo directo de primer grado: ambos acusados conocían la concurrencia de todos los elementos objetivos antes referidos y con tal conocimiento realizaron la mencionada construcción no autorizada en zona verde.

Véanse las sentencias de esta sala 1250/2001 de 26 de junio y 690/2003 de 14 de mayo.

SEXTO .- Por lo dispuesto en el art. 901 LECr, hay que condenar a los recurrentes al pago de las costas de su recurso.

Fallo

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por los hermanos N. y S. contra la sentencia que, entre otros pronunciamientos absolutorios, les condenó por un delito relativo a la ordenación del territorio, dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca con fecha catorce de febrero de dos mil ocho, imponiendo a dichos recurrentes al pago de las costas de su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz Andrés Martínez Arrieta Perfecto Andrés Ibáñez Miguel Colmenero Menéndez de Lurca Joaquín Delgado García

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Delgado García , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.