



Roj: **STS 1079/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1079**

Id Cendoj: **28079120012022100253**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/03/2022**

Nº de Recurso: **755/2020**

Nº de Resolución: **292/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 292/2022**

Fecha de sentencia: 24/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 755/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

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

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 755/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 292/2022**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 24 de marzo de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 755/2020 interpuesto por **Elena** representado por la Procuradora de los Tribunales D. Ramón Blanco Blanco y bajo la dirección letrada de D. Salvador Guerrero Palomares, contra la sentencia nº 361/2019 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 17 de octubre de 2019, en el rollo de procedimiento abreviado nº 1010/2016.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Marbella, representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Ortega Fuentes y defendido por el Letrado D. Luis Sanz Gil.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- En el procedimiento abreviado 1010/2016 (dimanante del PA 149/2015, seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Marbella), seguido ante la Audiencia Provincial de Málaga Secc. 2ª, con fecha 17 octubre 2019, se dictó sentencia nº 361, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"De las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, valoradas en conciencia, resulta probado y así se declara que:

Primero. El Grupo G.I.L. llegó al Ayuntamiento de Marbella en el año 1991 acometió la revisión del PGOU de dicha localidad creándose para tal efecto una sociedad municipal, "Planeamiento 2000 SL" cuyo gerente era Íñigo . Desde dicha sociedad no sólo se acometió dicho trabajo sino que gestionaba la actividad urbanística del municipio a través de convenios urbanísticos suscritos con los promotores inmobiliarios .

El Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó en sesión de 22 de diciembre de 2004 el Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Marbella (Málaga) y de sus Sociedades mercantiles participadas, ejercicios 20002001.

Los hechos investigados en las Diligencias Previas nº 3383/06 se centran concretamente en el epígrafe 5.123.5 del citado informe en el que consta: "Enajenación de excesos de aprovechamientos de una parcela en la Finca DIRECCION000 a precio alzado".

En el citado epígrafe literalmente se lee: "En relación con otra parcela ubicada en la misma a que se refiere el punto anterior, el 31 de Octubre de 2001 se concedió la licencia de obras al proyecto básico de viviendas a construir por JM (Jardín del Mediterráneo SL) conforme con un convenio de Junio de 1997. Se pactó el aumento de la edificabilidad y características de la parcela vendiendo el Ayuntamiento la parte que le correspondía por un precio alzado de 270.6626 sin que se determinara el aprovechamiento que se vendía, que tampoco figuraba en el informe de valoración que no estaba firmado y era de la misma fecha que el convenio. De acuerdo con los parámetros reflejados, la edificabilidad aumentaba 4.287'17m2t, de los que el 50% corresponderían al Ayuntamiento, esto es 2.143'58m2t, lo que daría un valor de venta de 126'27€/m2t. Tomando como referencia la fecha en que se concedió la licencia (Octubre de 2001) y los precios de mercado vigentes entonces, cercanos a los 601'01€/m2t el perjuicio sería de 474'75€/m2t que ascendería a 1.018.0006".

Segundo. La Sociedad JARDÍN DEL MEDITERRÁNEO SA se constituyó en fecha 20/12/85 mediante escritura 4609 de la notario Amelia Bergillos Moretón subsanada con la 416 de fecha 19.02.86 de la misma notario.

Su capital social se fijó en 20.000.000Pts (120.202,426), representado por 400 acciones al portador de 50.000. Pts cada una (300,56).

Sus socios constituyentes fueron:

Martin dueño de la acciones 1160

Mauricio dueño de las acciones 161320

Manuela dueña de las acciones 321400

En el período comprendido entre 1991 a 2001 se producen alteraciones en la composición accionarial: Milagrosa , esposa de Martin , en fecha 18.03.91 devino propietaria por adjudicación en capitulaciones matrimoniales de las 160 acciones de la mercantil JARDIN DEL MEDITERRANEO SA que poseía su esposo Martin y pasó a tener el 33'50% del capital social. Asimismo, el día 01.12.92 las acciones nº 161 a 320 ambas inclusive de la sociedad JARDIN DEL MEDITERRANEO SA fueron transmitidas por Mauricio a su hermana Elena ésta de igual forma vendió sus acciones el 27 Abril de 2001.

Su objeto social era la construcción de 28 viviendas en los terrenos "Huerta de las Merinas" de Marbella. Con dicha finalidad social mediante escritura 718 de la notario Amelia Bergillos Moretón de fecha 18.03.86, la sociedad CERCADO MARTIN NAVARRO SA (representada por Jose Pedro como Presidente de su Consejo de Administración) transmitió a la mercantil JARDIN DEL MEDITERRANEO SA representada por Martin como Administrador Unico) una parcela de terreno procedente de la Huerta de las Merinas, en el partido de Guadalpín de Marbella, con una superficie de 4.392,00 M2 (FR nº NUM000 del RP nº 3 de Marbella).

La Revisión del PGOU de Marbella anterior a 1986 contemplaba la finca en el polígono DIRECCION001 a la que se le asignaba una edificabilidad de 0'225m2t/m2 lo que teniendo en cuenta los 20.000m2 de superficie arrojaba una edificabilidad bruta total del polígono de 4.500,00 M2t que se distribuía entre tres parcelas:

la Parcela " NUM001 " (objeto de la transmisión) con 3.000,00 M2t / Ordenanza PM 1 en la que se pretendía que la edificación no superara el 40% de la superficie lo que suponía un máximo de 28 viviendas.

la Parcela " NUM002 " con 1.500,00 M2t / Ordenanza UE5 en la que la unidad mínima de parcelación sería de 2000m2 con un máximo de dos viviendas.

la Parcela " NUM003 " que no podía ser edificada.

Asimismo, le correspondía una cesión del 25% de suelo para áreas libres equivalente a 5.000,00 M2, sin incluir las zonas de dominio público (marítimo, 80mts e hidráulico 20mts respectivamente). Previéndose el desarrollo urbanístico del mismo por el sistema de compensación a través de Estudio de detalle y Proyecto ordinario de urbanización.

El PGOU de Marbella de 1986 aprobado por Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes el 03.06.86 y 12.03.90 siendo publicado en el BOJA el día 28.11.00, ordeno los terrenos propiedad de la mercantil JARDIN DEL MEDITERRANEO SA como Suelo Urbano, Polígono de Actuación DIRECCION002 , a desarrollar mediante Estudio de Detalle cuyo uso era de Residencial Plurifamiliar Ordenanza Pueblo Mediterráneo PM2 y de Parques y Jardines, pudiendo edificar un máximo de 30 viviendas con una altura máxima de planta baja más dos.

Jardín del Mediterráneo SA mediante escritura pública nº 1411 del protocolo de Manuel Tejuca Pendás de 234.90 otorgada por Martin en representación de Jardines del Mediterráneo SA cedió un trozo de terreno de la finca adquirida para zona verde con una extensión de 1.480,42m2 quedando la parcela a edificar con una extensión de 2.91 l'58m2t.

Mediante escritura nº 1412 de igual fecha y protocolo Jose Pedro propietario de las otras dos parcelas del polígono cedió un total de 3.991,45m2 para zona verde y viales.

Asimismo, en fecha 19.05.90 Martin , en nombre propio y en representación de Jose Pedro , presentó, para su aprobación inicial, Estudio de Detalle del DIRECCION002 " DIRECCION003 Dicho estudio de detalle fue objeto de informe de la Oficina Técnica Municipal que señalaba que la Ordenanza de Aplicación recogida en el mismo, PM 1, había que sustituirla por la PM2, asimismo se insistía en que el reparto de la edificabilidad bruta entre las calificaciones UE5 y PM2 acordes con los índices de edificabilidad neta de cada Ordenanza (0,25 M2t/M2 en UE5 y 1,00 M2t/M2 en PM2) y por último reflejaba los reparos detectados en cuanto al número de viviendas y ocupación.

Tales correcciones no fueron atendidas mediante la presentación de un nuevo Estudio de Detalle, sino que en fecha 16/6/1997, Carlos Antonio , como Alcalde accidental del Ayuntamiento de Marbella, y Martin , en nombre y representación de la mercantil Jardín del Mediterráneo S.A. firmaron convenio urbanístico, identificado en PLANEAMIENTO 2000 SL, como "Convenio dinerario" con el número de orden 302, sobre la citada parcela urbana NUM001 , Finca nº NUM000 procedente de la huerta de Las Merinas, en el partido de Guadalpín (Marbella), con una superficie de 4.392 m2.

El referido convenio por un lado regulaba la modificación de los parámetros urbanísticos de la parcela NUM001 del Polígono DIRECCION002 y por otro se transmitían el exceso de aprovechamiento urbanístico que como consecuencia de lo anterior le correspondía a la Administración que a su vez se lo vendía de acuerdo con el PGOU vigente que a la firma del Convenio era el aprobado en 1986 y publicado el 28 Noviembre de 2000, y conforme al documento en revisión Texto Refundido aprobado por el Pleno de 4 de Diciembre de 2000 fue suspendido cautelarmente por el TSJA por Auto de 2 de enero de 2001, confirmado por Autos de 22 de enero y 19 de abril de 2001. El Ayuntamiento recurrió en casacion y el Tribunal Supremo mantuvo la suspensión, por Sentencia de 3 de abril de 2003.

Así en la cláusula 3.2 " *modificación de la calificación de dicha parcela*" consta literalmente:



Plan vigente según PGOU de 1986 contemplaba las siguientes características: Clasificación suelo urbano Superficie parcela neta aprox 2.327 m2 Ordenanza de aplicación B8 N° de plantas B+3 Edificabilidad máxima 1,29 m2t/m2

Documento Revisión PGOU a elaborar por el Ayuntamiento de Marbella.

Clasificación - suelo urbano

Superficie parcela 2730 m2

Ordenanza de aplicación BI (2,67 m2/m2)

Edificabilidad máxima 7.289 m t N° de plantas B+7+ ático

Con esta cláusula se pretendía cambiar la ordenanza que regulaba la parcela de la B8 (se decía) a BI así como un aumento de edificabilidad hasta los 7.289m2t.

La única motivación por parte de la Administración justificadora de dicha modificación se contenía en la expresión contenida en el convenio : esta nueva regulación urbanística se entiende como más favorable para el interés público y se justifica por haber conseguido los objetivos de ordenación y desarrollo que se requieren para el término municipal de Marbella.

Por otra parte los datos contenidos en esta cláusula no eran correctos, pues la Ordenanza de aplicación según el PGOU de 1986 vigente no era la B8 (como se dice en el convenio) sino la PM2. Y el índice de edificabilidad correcto según el citado PGOU de 1986 era de 2.327'00 m2t en lugar de los 3.001'83m2t que se decía en el convenio.

Por tanto, partiendo de la edificabilidad real que existía conforme al PGOU de 1986, el aumento de edificabilidad realmente concedida ascendió a 4.962,00 M2t en lugar de 4.287,27 M2t. que se recogen en el convenio.

De forma que con motivo del convenio se le entregaron a Jardín del Mediterraneo SA una cantidad mayor de aprovechamientos urbanísticos. Lo que iba a repercutir en el desarrollo de la cláusula 4.2 del convenio que hacía referencia *al porcentaje de transmisión al Ayuntamiento del exceso del aprovechamiento convenido y el precio de cesión* del mismo por éste que recogía literalmente: El M.I. Ayuntamiento de Marbella transfiere a la mercantil Jardín del Mediterráneo SA que adquiere para sí o para tercera persona física o jurídica que ella designe la totalidad del aprovechamiento patrimonializables, por un precio de CUARENTA Y CINCO MILLONES TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTAS PESETAS (270.662€).

El porcentaje de exceso del aprovechamiento que le correspondía al Ayuntamiento y el precio de la cesión del mismo a Jardines del Mediterraneo por parte de aquél, se realizó de forma irregular no se determina el porcentaje de aprovechamiento que le corresponde al Ayuntamiento y que se vende posteriormente por éste a tanto alzado, sin contar con una valoración para determinar el precio, pues consta adjunto al convenio un supuesto "Dictámen de Valoración" de fecha 16/6/1997, es decir, del mismo día de la fecha del convenio, aparentemente redactado por Segundo Pastor Gómez (ya fallecido) aunque sin firma.

El convenio suscrito no fue presentado a su aprobación al Pleno del Ayuntamiento ni de la Comisión de Gobierno cuya condición se recogió en el mismo.

No obstante, se hizo constar: Para el caso de que la Revisión del PGOU de Marbella no fuese aprobado definitivamente, recogiendo las características urbanísticas pactadas, el M.I. Ayuntamiento, deberá compensar a la propietaria proporcionalmente, mediante la cesión de aprovechamiento en otros sectores de planeamiento de similares características en el término de Marbella."

Perfeccionado el convenio se procedió al cumplimiento de lo acordado por las partes, de modo que el Ayuntamiento de Marbella transfiere a la entidad Jardines del Mediterraneo SA, que adquiere para si la totalidad de los aprovechamientos patrimonializables, abonando el promotor el precio (270.6626), y el Ayuntamiento materializó los aprovechamientos mediante la concesión de la licencia de obras adaptada a las previsiones del mismo a pesar de que la REVISIÓN del PGOU que le servía de fundamento no fue aprobado.

*No ha resultado probado* que los datos contenidos en las cláusulas del convenio fueran introducidos por Íñigo en cuanto gerente de PLANEAMIENTO 2000 SL, ni por tanto que este hubiera intervenido en la negociación, y confección del mismo en connivencia con Carlos Antonio , cuya participación en la negociación de tal convenio tampoco ha quedado acreditada.

Tercero. JARDIN DEL MEDITERRANEO SA a través de su administrador, Martin , presentó solicitud de licencia de obras en fecha 18.01.99 en el Registro Gral. del Ayuntamiento de Marbella n° NUM004 , acompañada de Proyecto Básico redactado por el arquitecto Nicanor (visado por el C. O. A. el día 24.12.98) y de Autoliquidación de 2.365.487. Pts (14.216,86 €) Tasas Municipales, presentada por el Rafael y del Convenio de Junio de 1997.

La edificación proyectada era de un Conjunto Residencial de 61 viviendas que consumía una edificabilidad de 7.195,11 M2t. Dando lugar al expediente NUM006 que corría paralelo al expediente nº NUM005 tramitado por la entidad COFISUR 98 SL titular de la otra parcela del mismo polígono y cuya licencia fue declarada nula por el TSJ.

El Servicio Técnico de Ordenación Urbanística del Ayuntamiento de Marbella (STOU) en fecha 11.03.99 en cumplimiento de la Providencia de Alcaldía de fecha 03.11.1998 emitió informe suscrito por el Arquitecto municipal Jose Ignacio que dejó patente que lo proyectado "no se ajusta a la ordenanza ni normativa urbanística del P.G.O.U. de 1986". De igual forma se manifestó que en lo proyectado "se observan excesos en ocupación, separación a linderos y entre edificios, falta retranqueo en la planta ático y plazas de aparcamiento y no llega a la superficie mínima de parcela. Además, el técnico alertó a la Comisión de Gobierno que incluso según la Revisión del PGOU al haberse concedido en el DIRECCION002 a la sociedad OPALINA RED SL la Licencia de Obra Expte. NUM005 (para 144 viviendas con una edificabilidad de 14.257,00 M2t) se había excedido de largo la edificabilidad bruta máxima del Polígono de Actuación así como la densidad máxima de viviendas prevista para la totalidad del mismo.

Vistos los incumplimientos advertidos, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella denegó, con fecha 19.03.99, la licencia solicitada notificándolo a Martin el día 05.04.99.

La siguiente solicitud en relación con el Expte. Licencia de Obras NUM006 se produce el día 19.07.00 cuando se presenta por Martin en representación de la propiedad, un Proyecto Básico Reformado, redactado por el arquitecto Juan María, esta vez para 26 viviendas con una edificabilidad máxima de 5.189,90 M2t, adjuntando la autoliquidación anterior y el Convenio de Transferencia de Aprovechamiento Urbanístico, en el que aparecen manuscritos varios cálculos numéricos cuya autoría no ha resultado acreditada.

En fecha 15.12.00 se vuelve a presentar por Martin otro Proyecto Básico Reformado, en este caso visado por el Colegio Oficial de Arquitectos para 28 viviendas (PB + 4) sobre la base de una edificabilidad máxima consumida de 5.242,00 M2t (3.030,00 M2 x 1,73 M2t/M2. No consta tramitación de estas licencias.

El 11 Julio de 2001 JARDINES DEL MEDITERRÁNEO SA presenta por primera vez proyecto básico modificado y de ejecución para construcción de 45 viviendas, uniendo la liquidación de tasas.

El 16 Julio 2001 desde la mercantil PLANEAMIENTO 2000 SL a petición de la asesoría jurídica del Ayuntamiento, se le remite un informe firmado Abilio, arquitecto Director de la Revisión del PGOU de Marbella relativo a las condiciones de ordenación de las parcelas incorporadas en el Polígono de Suelo Urbano DIRECCION002 " DIRECCION004 " en la que se comunica que en el Documento de Revisión del P.G.O.U en elaboración se incorporaran los parámetros urbanísticos acordados en los convenios suscritos entre el Ayuntamiento de Marbella y la entidades mercantiles JARDIN DEL MEDITERRANEO, S.A. y OPALINA RED, S.L.

El servicio técnico de Obras y Urbanismo (STOU) del Ayuntamiento en fecha 1 Agosto de 2001 por los arquitectos municipales Jose Ignacio y Fausto se emite informe a un nuevo proyecto básico reformado y de ejecución de 45 viviendas visado por el COA el 6/7/01 en cumplimiento de la Providencia del Sr. Alcalde en funciones dictada el 27/02/01 remitida por el Sr. Secretario del Ayuntamiento, dictaminan que la obra proyectada no se ajustaba al planeamiento vigente ( PGOU aprobado 1986 y publicado por al Junta de Andalucía en el BOP en fecha 28/11/2000) además de constatar las siguientes anomalías: "Los terrenos donde se pretende actuar se encuentran en el Polígono de Actuación de Suelo Urbano DIRECCION002 " DIRECCION004 ", a desarrollar mediante Estudio de Detalle y Proyecto de Urbanización, que no han sido presentados, y están calificados de Poblado Mediterráneo PM2 y Parques y Jardines Públicos (en una superficie aproximada de 1.000 m2), y una superficie aproximada de 220 m2 de Unifamiliar Exenta UE5.

El proyecto, pues, que se realiza en base a ordenanzas de Plurifamiliar Exenta BI (2,67) y altura PB+7+Atico, no se ajusta a la ordenación de referencia."

Asimismo se concluye que conforme al Texto Refundido de la Revisión en trámite del P.G.O.U. aprobado por el Ayuntamiento Pleno de 4/12/2000 (suspendida cautelarmente por el T.S.J.A. en fecha 22/01/01) "La zona donde se pretende actuar se encuentra en el polígono de Suelo Urbano DIRECCION002 " DIRECCION004 " y esta calificada de Plurifamiliar Exenta B5 (1,79) con PB+4, estando arbolada y sujeta a las Normas de Protección de Arbolado, que no cumple, según se ha expuesto anteriormente.

El proyecto se realiza en base a la ordenanza Plurifamiliar Exenta 81 (2,67) Y altura PB+7+Atico, por tanto tampoco se ajusta a esta ordenación.

Además se decía "que parte del edificio ocupa viario público y que parte de la planta sótano, al estar sobre rasante, computaría a efectos de ocupación, número de plantas y edificabilidad, aumentando por tanto los



incumplimientos. También se advierte, como en el punto anterior, que la planta sótano se adosa al lindero privado".

Finalmente se informaba que incluso en base al Texto Refundido de la Revisión en Trámite del PGOU el proyecto que se realiza en base a Ordenanzas de Plurifamiliar Exenta 81 (2 '67) y altura PS+7+ático no se ajusta a la ordenación de referencia, ni a los parámetros de altura (se proyecta PB+7+ático siendo la máxima PB+4) ni edificabilidad (se proyecta con un índice de edificabilidad neto de 2 '79 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>s) siendo el correspondiente a esta calificación 1 '73m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>s.

Por tanto, la obra proyectada estaba fuera de ordenación contraviniendo las normas urbanísticas vigentes e incluso las propuestas por el Ayuntamiento en el Texto refundido de revisión del PGOU incidiéndose en que los terrenos carecían de infraestructuras ya que no se presentan Estudios de Detalle ni el Proyecto de urbanización obligatorios para la actuación urbanística en dicho sector de acuerdo con el Plan vigente y no se respetaban las Normas de protección de arbolado.

La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella en sesión de fecha 29.08.01 acordó dar traslado del citado Informe al interesado con la finalidad de subsanar las deficiencias advertidas, siéndole notificado a Martín el día 08.10.01 y en su domicilio sito en Avda. DIRECCION005 , NUM007 .

En fecha 23.10.01 la mercantil Jardín del Mediterraneo SA a través de Martín y por medio de su arquitecto presentó solicitud de Licencia de obras adjuntando Proyecto Básico Modificado y de Ejecución esta vez para 46 viviendas insistiendo en una superficie construida total computable de 7.226,90 M<sup>2</sup> distribuida en PB+7+Ático uniendo el impreso de Autoliquidación de tasas que presentó en Enero 1999 cuando presentó la primera solicitud de Licencia de obras. En fecha 31.10.01 se completó la solicitud al aportar planos y justificaciones.

El Informe Técnico emitido por el STOU del Ayuntamiento de Marbella en fecha 31 Octubre de 2001 en cumplimiento de la Providencia del Sr. Alcalde en funciones dictada el 27/02/01 que les fue remitida, insiste en las irregularidades ya puestas de manifiesto en los informes anteriores aunque ya se daba cuenta del informe de fecha 16701 presentado por PLANEAMIENTO 2000 SL a través de Abilio arquitecto director de la Revisión del PGOU, ya referido anteriormente, así, en base a dicho escrito, el SOTU concluye que "una vez que se hayan incorporado las previsiones contempladas en el Convenio suscrito al Planeamiento General por su aprobación definitiva, el proyecto se ajustaría a esta ordenación en cuanto al trazado viario y zona calificada como BI (2,56) con PB+7+ático, no obstante tendría los siguientes incumplimientos incluso respecto del PGOU propuesto:

Edificabilidad: ya que se proyectaba 7.288 m<sup>2</sup>t cuando la máxima debía ser 6.692 m<sup>2</sup>t (2.614m<sup>2</sup>s x 2,56m<sup>2</sup>t/7m<sup>2</sup>s), es decir, tendría un exceso de 596 m<sup>2</sup>j

Separación mínima al lindero sur: ya que se proyectaba a 10,70 m. cuando la distancia mínima debía ser 12 m. (la mitad de la altura total del edificio, excluida la planta ático) Ocupación máxima, ya que se proyectaba 1.050m<sup>2</sup> cuando la máxima debía ser 915 m<sup>2</sup> (35% sobre 2.614 m<sup>2</sup>s) es decir, tendría un exceso de 135 m<sup>2</sup>.

Obviando este informe técnico y con conocimiento y plena conciencia de que la obra proyectada estaba fuera de ordenación, la Comisión de Gobierno en fecha 31 Octubre de 2001, presidida por el acusado Carlos Antonio , otorgó licencia al proyecto básico modificado y de ejecución de construcción de las 45 viviendas y piscina, condicionada al informe del servicio de extinción de incendio y a presentar última documentación visada por el Colegio Oficial de Arquitectos.

El citado acuerdo fue objeto de impugnación por la Junta de Andalucía dando lugar al Recurso Contencioso Administrativo P.0.761/2002, seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo de Málaga.

En fecha 12 Marzo 2002 la mercantil promotora presenta modificaciones al Proyecto Básico Reformado y de Ejecución consistiendo las reformas en la modificación de las escaleras de la edificación para cumplimentar las Normas Contra Incendios y cambio de distribución interior de escaleras de modo que aumentaba el número de viviendas en una unidad, pasando a tener, por tanto, 46 viviendas)..

El STOU fecha 21 Mayo 2002 de nuevo "en cumplimiento de la Providencia del Sr. Alcalde en funciones dictada el 22/04/02" emite nuevo informe al efecto en el que se reproducen los argumentos expuestos en los anteriores e incidiendo en que el número máximo de viviendas permitido conforme al PGOU de 1986 es de 30 y que incluso de conformidad con el Texto Refundido de revisión del PGOU aprobado por el Ayuntamiento en Pleno en fecha 27302, entre otras irregularidades, la edificabilidad proyectada excede en 596m<sup>2</sup>t ya que la edificabilidad que se proyecta es de 7.288m<sup>2</sup>t cuando la máxima debe ser 6.692m<sup>2</sup>t.

Obviando este informe técnico y con conocimiento de que la obra proyectada estaba fuera de ordenación. El 29 de mayo de 2002, la comisión de Gobierno presidida por Carlos Antonio acordó por unanimidad otorgar la licencia al proyecto básico y de ejecución. Condicionada a cumplimentar las deficiencias señaladas señaladas

en el apartado 2 del informe emitido por el STOU de fecha 21 de mayo de 2002, relativos a la edificabilidad, separación mínima a linderos y ocupación máxima.

Dicho acuerdo fue impugnado por la Junta de Andalucía en recurso contencioso Administrativo nº 19302002.

En fecha 19/7/02 la entidad Jardín del Mediterraneo S.A presentó documentación complementaria al Proyecto Básico modificado y de Ejecución aportando proyecto refundido visado, que fue informado por el STOU en fecha 21/5/02.

A dichos técnicos desde la sociedad municipal PLANEAMIENTO 2000 SL en fecha 12.12.02, directamente a través del Arquitecto Director de la Revisión del PGOU de Marbella Abilio se dirigió escrito del siguiente tenor: Muy Sr. mío: En relación a los terrenos de los que trata el Convenio suscrito el 16 de Junio de 1997 entre la entidad JARDIN DEL MEDITERRANEO, SA y el M.L Ayuntamiento de Marbella en el polígono de actuación DIRECCION001 " DIRECCION004 ", el cual se adjunta como anexo I, se le informa lo siguiente: " Que en el Texto Refundido del P.G.O.U. de Marbella aprobado en sesión plenaria el 27 de Marzo de 2002, los citados terrenos han sido incorporados con la calificación de bloque plurifamiliar exento BI (2,51) con una altura máxima de P.B. + 7 + ático.

Que no obstante, a petición de la propiedad y con el objeto de incorporar la edificabilidad total pactada en el acuerdo, se propone se reajuste el índice de edificabilidad neto a 2,56 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, según se grafía en el plano de calificación adjunto anexo III.

Lo que se informa a los efectos oportunos.

Fdo.: Abilio Arquitecto Director Revisión P. G. O. U. de Marbella"

En fecha 27.02.03, se trasladó de nuevo al Jefe del STOU la Providencia del Alcalde Carlos Antonio de 25/02/03 del siguiente tenor:

"HE RESUELTO: Que con relación a la tramitación de la Licencia de obras (expíe. 16/99) instada por la entidad JARDINES DEL MEDITERRANEO, S.L se proceda a efectuar los correspondientes informes por el Servicio Técnico de Obras y Urbanismo, de acuerdo con la providencia de esta Alcaldía del pasado 220402, haciendo, además, referencia en el mismo a lo informado por el Equipo Redactor. Lo que traslado a Vd., para su conocimiento y efectos".

En base a lo ordenado El STOU del ayuntamiento emite informe en fecha 27 Marzo 2003 reproduciendo los argumentos ya expuestos en informes anteriores dice: "Según el P.G.O.U. aprobado definitivamente en 1986 (Normativa publicada por la Junta de Andalucía en el B.O.P. en fecha 28/11/00), nos remitimos a lo ya informado en el apartado I del informe emitido con fecha 21.5.02, que obra en el expediente, en cuanto a los incumplimientos observados respecto a la Ordenación y parámetros del P.G.O.U. de 1986, si bien indicando que la modificación introducida en el lindero Este, provoca que aumente a 1.230 m<sup>2</sup>, aproximadamente, la superficie de terrenos del Proyecto que están Calificados de Parques Jardines Públicos, por lo que aumenta el incumplimiento.

Conforme al Texto Refundido de la Revisión en trámite del P.G.O.U. aprobado por el Ayuntamiento Pleno de 27/03/02:

En relación al informe emitido con fecha 12/12/02 por el Arquitecto Director de la Revisión del P.G.O.U. en trámite, donde se indica que se propone reajustar el índice de edificabilidad neto de los terrenos de referencia a 2,56 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>s, se informa que una vez sea incorporada dicha modificación al Documento de la Revisión del P. G. O. U. en trámite y aprobado\ la edificabilidad máxima de la parcela pasaría a ser de 7.275,52 m<sup>2</sup>t (2.842 m<sup>2</sup>s x 2,56 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>s) cual el Proyecto se ajustaría\ con un pequeño exceso de 12,48 m<sup>2</sup>t de edificabilidad ".

A pesar del referido informe la Comisión de Gobierno en sesión de 2 de julio de 2003 en la que consta como asistente el Sr. Íñigo en su condición de Gerente de Planeamiento, y a la que no asistió Carlos Antonio, siendo presidida por Don Juan Luis concedió la licencia de obras al proyecto básico modificado y de ejecución de 46 viviendas y piscina en el DIRECCION004 ( DIRECCION002 '), condicionada a presentar el Proyecto Básico y de Ejecución Refundido y demás documentación debidamente visada por el COA, y a cumplimentar el informe del S.E.I.S. (Expíe. 16/99).

Esta licencia fue impugnada igualmente por la Junta de Andalucía mediante recurso contencioso administrativo nº 2575/2003.

Si bien la Licencia de primera ocupación fue otorgada mediante acuerdo de la comisión de gobierno de fecha 23 Julio 2003 en base a la Certificación de final de obra presentada el 5 Mayo de 2003 y en base a los informes técnicos favorables del STOU de Ayuntamiento de fecha 24 Junio y 14 Julio 2003.



No podemos considerar acreditado que, con el concierto y desarrollo del mencionado instrumento urbanístico en el contexto de las relaciones mantenidas por el Ayuntamiento y tal entidad Jardines del Mediterraneo SA, la administración local hubiera sufrido perjuicios por una infravaloración intencionada de los bienes municipales, por los acusados Carlos Antonio , Íñigo ni que estos se concertaran buscando su enriquecimiento a costa de un menoscabo patrimonial de la corporación local.

Tampoco podemos concluir que el acusado Íñigo fuera conocedor de las irregularidades que se produjeron en las actuaciones administrativas que rodearon la ejecución de ese convenio, ni que influyera en el coacusado Carlos Antonio , o en los miembros de la entidad local para que así fuera.

Cuarto. Hechos probados en relación con la participación a **TÍTULO LUCRATIVO**.

Mediante escritura 1043, de fecha 25.04.02, del notario Emilio Iturmendi Morales la promotora JARDIN DEL MEDITERRANEO SA procedió a elevar a público la Declaración de Obra Nueva en Construcción y División Horizontal del Edificio " DIRECCION006 " que se levantaba sobre la FR n° NUM000 y que dio lugar finalmente a 47 nuevas fincas independientes, con un valor de 3.340.838'74€.

El mismo día 25/4/2002 y por Escritura pública n° 1048 del mismo notario otorgada por JARDINES DEL MEDITERRANEO SA y MAVILESA SA representada por su administradora Milagrosa , esposa de Martin , se adjudica a la sociedad MAVILESA SA en pleno dominio, por el precio pactado en el contrato privado de 27 Abril de 2001 celebrado entre ambas partes, una vivienda dúplex con una superficie construida de 395'45m2 y posibilidad de constituirse en dos viviendas separadas.

Mediante escritura pública n° 2255 también otorgada el 27 de abril de 2001, MAVILESA SA representada por su administradora Milagrosa que poseía 134 acciones de JARDINES DEL MEDITERRANEO SA, las vendió a PROSARCO SA, INMOBILIARIA MORISCOS SA y METRIVALIA SL al precio de 768.518, que se dio por recibido, excepto la cantidad de 93.281,33 euros que quedó aplazado a través de letras de cambio

El mismo día 27 abril de 2001 en escritura 2259 otorgada ante el notario Emilio Iturmendi Morales (ya referido), JARDÍN DEL MEDITERRANEO SA vendía a MAVILESA SA 350,00 M2 construidos y terminados más 4 plazas de garaje de la construcción que a esa fecha se proyectaba realizar y para la que obtuvieron la licencia ilegal referida. El precio ascendía a 645.186,49 € más IVA 45.163,05€, en total 690.349,54€, que se dieron por confesados recibidos.

De esta forma quedaban compensados los créditos y débitos de ambas transacciones.

Doña Milagrosa y Doña Eufrasia desconocían la existencia de los ilícitos penales (delito de prevaricación) y, consecuentemente, no participaron en su ejecución.

La entidad Mavilesa SA vendió a PROSARCO SA, INMOBILIARIA MORISCOS SA y METRIVALIA SL 134 acciones cuyo valor nominal ascendía a 40.267,81 euros, al precio de 768.518 euros.

Milagrosa vendió sus 26 acciones del Jardín de Mediterraneo SA cuyo valor nominal ascendía a 7.813,16 euros, al precio de 149,115,46 euros.

Eufrasia de igual forma vendió el 27 abril de 2001, 160 acciones de un valor nominal 48.080, 97 euros de la sociedad JARDIN DEL MEDITERRANEO SA que le fueron transmitidas por Mauricio al precio de 917.633,94 euros.

Desde la incoación de las presentes actuaciones hasta el dictado de la presente han transcurrido más de 13 años".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"I. Condenar a los siguientes acusados:

1º. A Carlos Antonio , como responsable, en concepto de autor, de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del artículo 21.6 Código Penal, a la pena de *cuatro años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, para poder ser concejal, alcalde o cualquier desempeño de elección en órganos de entidad local*, con la incapacidad de obtener dichos cargos o análogos durante el tiempo de la condena.

II. Absolver a los acusados Íñigo , y Martin de los delitos por los fueron acusados por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, recogidos en los fundamentos jurídicos de esta resolución. Con declaración de las costas de oficio.





III QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a MAVILESA SA y Milagrosa y Elena , Montserrat , PROSARCO SA, INMOBILIARIA MORISCOS SA y METROVIALIA SL de las pretensiones indemnizatorias formuladas en su contra como partícipes a **título lucrativo**.

III. Condenar al pago de una sexta parte de las costas procesales, incluidas las costas de la acusación particular en los términos señalados en el fundamento jurídico décimo de esta resolución a Carlos Antonio , declarando la quinta parte restante de oficio".

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Elena , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** La representación legal de Elena alegó los siguientes **motivos de casación**:

1. Primer motivo: Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1. de la LECrim, por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, aplicable supletoriamente al proceso penal, ex. artículo 4 LEC.

2. Segundo motivo: Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la LEC, por falta de motivación respecto de la inaplicación del principio de vencimiento del artículo 394 de la LEC.

3. Tercer motivo: Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECrim, por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 240.3 LECrim.

**QUINTO.-** Conferido traslado para instrucción, la representación procesal del Ayuntamiento de Marbella solicita su inadmisión y subsidiaria desestimación.

El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 11 de mayo de 2020; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 23 de marzo de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Motivo primero: "por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECrim, por inaplicación de lo dispuesto en el art. 394. LEC, aplicable supletoriamente al proceso penal, ex. artículo 4 LEC".

La recurrente, Elena , venía encartada en el presente procedimiento como responsable en concepto de partícipe a **título lucrativo**, a instancia de la acusación particular, ejercida por el Ayuntamiento de Marbella, y lo que pretende con la aplicación del art. 394.1 LECivil es que, en atención a la teoría del vencimiento que, en materia de costas, rige en el procedimiento civil por disposición del referido artículo, dicho Ayuntamiento sea condenado al pago de las costas que a ella le han sido ocasionadas en la presente causa, y desarrolla una serie de argumentos en defensa de su pretensión, sobre la naturaleza de la acción civil, única ejercida contra ella y solo por la acusación particular y la carencia de sentido de que se apliquen esas normas sobre imposición de costas del proceso penal a la acción civil, por más que se ventile la cuestión en un proceso penal.

En respuesta a esta pretensión conviene comenzar por recordar lo que establece el art. 110 LECrim., cuyo inciso primero dice como sigue: "las personas perjudicadas por un delito que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniera, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones".

Ciertamente, esta acción, como alega la recurrente, se podría haber ejercitado por separado en un proceso civil, pero, desde el momento que la ley autoriza a quien se constituya en acusación particular para que la ejerza en el proceso penal y la ejercita, habrá de ser con sujeción las pautas y reglas que rigen este proceso, que, si las hay, serán de aplicación preferente y excluyente, frente a otras de carácter supletorio, que solo cabrá que entren en juego a falta de regulación propia, y que, en el caso, efectivamente, existen pues, como recuerda el M.F. con cita del art. 240.3º LECrim., la condena en costas al querellante particular o actor civil solo procede "cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe", lo que implica una exclusión del principio del vencimiento en el proceso penal, también en el ámbito civil, en materia de costas.



Poco más podemos decir para desestimar este motivo, si acaso alguna cita jurisprudencial, como la que tomamos de la STS 87/2022, de 31 de enero de 2022, en la que decíamos que "el criterio civilista, pese a la similitud de naturaleza de fondo de las costas en uno y otro tipo de proceso, no es importable al proceso penal. No lo consiente el art. 4 LEC al existir una regulación específica en la LECrim y en el CP que no es simétrica a la del proceso civil, donde, con matices, se entroniza el principio del vencimiento".

En el igual sentido, en STS 235/2022, de 15 de marzo de 2022, se puede leer: "si en el proceso civil la regla rectora es la imposición de costas bajo el criterio del vencimiento objetivo y sin necesidad de petición de ninguna de las partes, en el proceso penal la regla prevista por el legislador para los casos de absolución es la declaración de oficio de las costas, identificándose como única excepción la apreciación de temeridad o mala fe. Una regulación específica en materia de costas penales que excluye la previsión supletoria de las normas civiles, tal y como literalmente expresa el propio artículo 4 de la LECRIM".

**SEGUNDO.-** Segundo motivo: "por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto 852 de la LEC, por falta de motivación respecto a la inaplicación del principio del vencimiento del artículo 394 de la LEC".

La respuesta a este motivo, aunque no puede ser sino una continuación a lo argumentado para la desestimación del anterior, pasa por hacer alguna consideración previa, para lo cual arrancamos del apartado del escrito de defensa, elevado a definitivo a la conclusión del juicio, en que, en relación con esta cuestión, se decía lo siguiente:

"Dado que estamos ante el ejercicio puro y duro de una acción civil (si bien dentro de un proceso penal) son aplicables las normas sobre imposición de las costas de la LEC, solicitando esta parte que dichas costas sean impuestas a la parte que ejercita la acción civil contra mi mandante".

Por lo tanto, tal como articulaba su pretensión esta parte, la razón por la que interesaba la condena en costas era en aplicación del criterio del vencimiento que, como regla general, establece el art. 394 LECivil, y en lo que insiste tanto en éste como en al anterior motivo de recurso.

Si partimos de la base de que tal criterio no es de aplicación al proceso penal, es razonable que la sentencia no hiciera mención a esta línea en pretensión de tal condena, y que sus razonamientos para denegarla fueran a través de descartar la temeridad o mala fe, por ser la regla que rige en el proceso penal, que es lo que impone la norma que rige la materia.

Y es que la pretensión del recurrente tiene su fallo de origen, por cuanto que trata de traer al proceso penal algo que es ajeno al mismo, con lo que, a partir de ahí, pretender una explicación en los términos que solicita, cae por su base; y la que se le da es la que corresponde a la normativa que regula la materia, que se podrá decir que podría haber sido más extensa, pero que, en la medida que el tribunal explica la razón por la que no aprecia temeridad en la acusación, consideramos que ha dado una explicación que guarda congruencia con lo que tenía que responder, que es ateniéndose a los artículos relativos a costas propios de la LECrim., que, por incompatibilidad, excluía la necesidad de acudir y hacer mención a la normativa procesal civil.

El motivo, por tanto, se desestima.

**TERCERO.-** Tercer motivo: "por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECrim, por inaplicación de lo dispuesto en el art. 240.3 LECrim".

1. En respuesta a este motivo, comenzaremos por recordar que los términos en que solicitaba esta parte la condena en costas era en aplicación del criterio del vencimiento, tal como hemos visto que quedó redactada esta petición en su escrito de acusación, elevado a definitivo; y hemos revisado el informe emitido en juicio, en el que el letrado, en la parte que dedicaba a argumentar sobre tal petición de condena, textualmente decía que "no hace falta, por tanto, justificar temeridad ni mala fe en la acusación, sino simplemente aplicar el principio del vencimiento, como ha dicho el compañero, del art. 394 LECivil"; sin embargo, continuó alegando que también había temeridad, con una argumentación que partía de que la acusación particular ejerció su acusación al margen del M.F. y abundando en argumentos en la misma línea que había llevado para interesar la absolución, sin que pudiéramos detectar ninguno propio o diferenciado del que hubiera precisado una petición condena en costas.

Con estos antecedentes, hay una primera razón para rechazar el presente motivo, como es que, interesada la condena en costas en atención al principio del vencimiento en la instancia, acudir ahora a la temeridad supone una alteración fundamental, pues, al margen la merma que en el derecho de defensa que puede suponer, supone introducir un motivo nuevo, *per saltum*, suficiente para su desestimación.

Y esto que decimos, no consideramos que pueda ser paliado por la circunstancia de que en el informe se hubiera permitido al letrado defensor hacer alegaciones en apoyo de tal condena en base a este argumento, cuando, en virtud de lo dispuesto en el art. 737 LECrim., no debiera haber procedido así, sino que debiera



haberlo acomodado a sus conclusiones, donde, cuando estaba pidiendo la condena en relación con este particular, no hubo otra mención más que al vencimiento.

No nos quedaremos en esto para rechazar el motivo, sino que se dará una respuesta de fondo.

2. A este respecto, comenzaremos por acudir a una doctrina de esta Sala que encontramos en una reiterada jurisprudencia, de la que traemos lo que decíamos en nuestra Sentencia 728/2021, de 29 de septiembre de 2021, en la que, recogiendo de la STS 169/2016, de 2 de marzo de 2016, delimitábamos el alcance de los conceptos temeridad y mala fe del art. 239 LECrim. a los efectos de la condena en costas a la acusación particular, de la extraemos el siguiente pasaje:

"En todo caso, ambas actitudes entrañan que la acusación particular -por desconocimiento, descuido o intención-, perturba con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, reflejando el deseo de ponerlo al servicio de fines distintos de aquellos que justifican su existencia; razón por la que la jurisprudencia proclama que la temeridad y la mala fe, han de ser notorias y evidentes ( SSTS nº 682/2006, de 25 de junio o 419/2014 de 16 abril), afirmando la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales ( STS n.º 842/2009 de 7 de julio), de modo que la regla general será su no imposición ( STS 19 de septiembre de 2001, 8 de mayo de 2003 y 18 de febrero, 17 de mayo y 5 de julio, todas de 2004, entre otras muchas)".

Pues bien, retomamos lo que apuntábamos más arriba, cuando decíamos que no nos parece que, en el breve espacio que dedicó en su informe el letrado a argumentar la condena desde este punto de vista, añadiera algo de relevancia al respecto, sino que vino a abundar en argumentos que había utilizado para interesar la absolución, lo que es insuficiente para acceder a dicha condena, sino que debería haber precisado alguna específica explicación, en la medida que los argumentos para una y otra pretensión no tienen por qué ser coincidentes.

En efecto, en lo relativo a la petición de absolución por parte de la defensa, ha sido fundamental los alegatos relacionados con la valoración de la prueba, pero, no siendo consecuencia inherente a tal absolución la condena en costas de quien acusa, al ser esta pretensión distinta, debiera haberse expuesto ese plus, mejor ese aliud, en definitiva, una motivación adicional, que, respecto de la absolución, llevara a tal condena, pues se trata de dos cuestiones distintas, y no puede ser válido, sin más, que lo que explique una absolución, cualquiera que sean las razones para ello, sirva para justificar una condena en costas.

Decíamos que es criterio asentado que, como regla general, la imposición de costas a la acusación particular o al actor civil ha de ser restrictiva, y por razones propias, entre las cuales, si nos fijamos en la marcha del proceso, que nos puede servir de pauta orientativa, en lo que al que nos ocupa se refiere, no puede considerarse gratuito que la recurrente fuera llevada a juicio, aunque solo haya sido a petición de la acusación particular, como lo avala el hecho de que se abriera juicio oral mediante un auto que, aunque se discrepara de su pronunciamiento en este particular, tiene su antecedente en un escrito de acusación, en el que se relata una transmisión a favor de la recurrente y unos beneficios que, no sin fundamento, hacen razonable ese pronunciamiento.

A partir de dicha resolución, es difícil hablar de temeridad en una acusación que ha superado el juicio de control propio tal resolución, pues lo razonable es considerar que el instructor no hubiera tolerado acusaciones infundadas, de manera que, abierto el juicio oral, cualquiera que haya sido el resultado de éste, debiera haberse argumentado de alguna específica manera dónde se encuentra esa temeridad o mala fe en convocar como participe a **título** gratuito a la recurrente, como, por lo demás, corroboran las razones por las cuales se rechaza la condena en costas en la sentencia recurrida, cuando dice que "no podemos afirmar su inconsistencia [se refiere a la acusación] en tal medida que pudiéramos deducir que no pudiera dejar de tener conocimiento de la injusticia y sin razón de su acción, pues resultó imprescindible la práctica de la prueba y su ulterior valoración por este Tribunal, para alcanzar un pronunciamiento absolutorio", argumentación que, si se refiere a la necesidad de haber pasado por el juicio para llegar a la absolución, de alguna manera está reconociendo que la acusación tenía fundamento.

En definitiva, las consideraciones realizadas y teniendo en cuenta los criterios restrictivos a la hora de apreciar una temeridad o mala fe, que, además se requiere que sean notorias, en materia de costas, en el campo del proceso penal, procede rechazar del motivo.

**CUARTO.-** La íntegra desestimación del recurso lleva aparejado, por imperativo del art. 901 LECrim., la imposición de las costas ocasionadas con ocasión del mismo a la recurrente.

## FALLO

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



**NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Elena** contra la sentencia 361, dictada con fecha 17 de octubre de 2019 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga en Procedimiento Abreviado 1010/16, que se confirma, con imposición de las costas ocasionadas con motivo del recurso a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ