

M.A. Visto 2/11/15
Luis C. Jim

D.J.M.A 18/1/09

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

SECCION SÉPTIMA.

(O.T.) C.C.

ROLLO Nº 2991/15

JUZGADO DE LO PENAL Nº 2 DE SEVILLA

ASUNTO PENAL Nº 579/13

"Los Jorches"
- Demuestra que
no se aprobó modifi-
cación de sent. AFO
PGOV a sent. AFO
~~...~~

↓
esto, el = de el
J.P.3 hace lo contrario:
apelar con fto. en
s2 (= a otras modif...).

SENTENCIA Nº 501/15

MAGISTRADOS:

D. JUAN ROMEO LAGUNA.

D^a ESPERANZA JIMÉNEZ MANTECÓN

D^a ÁNGELES SÁEZ ELEGIDO, ponente

En la ciudad de Sevilla a 27 de octubre de 2015.

La Sección Séptima de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en la causa referenciada por el condenado D. Francisco Domingo Sánchez López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de julio de 2014 el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sevilla dictó sentencia con la siguiente declaración de **hechos probados**:

"El acusado, FRANCISCO DOMINGUEZ SANCHEZ, mayor de edad y

sin antecedentes penales, compró, por acuerdo privado de fecha 22 de noviembre de 2006, una parcela de tierra, parte de segregación de finca rústica, por precio total de 4.108,80 euros, al sitio conocido con el nombre de pago de las Jaretas o paraje "Tío de las Barbas", polígono 36, parcela 193, identificada con la subdivisión nº 15 de unos 1000 metros cuadrados de superficie, y con referencia 410110036001930000QF del catastro de rústicas del municipio de Arahal (Sevilla).

En fecha no determinada, pero en todo caso no anterior al año 2007, el acusado ha edificado en su interior una vivienda de una sola planta y de 100 metros cuadrados de extensión, con porche frontal de 15 metros cuadrados, habiendo además construido una piscina de 35 metros cuadrados y un cuarto de uso secundario de unos 10 m, contando con fosa séptica, suministro eléctrico y canalización de agua de pozo, teniendo el suelo la calificación de no urbanizable de uso común, conforme a las normas del Plan General de Ordenación Urbanística y Normas Subsidiarias del municipio de Arahal (Sevilla), siendo dicha edificación no autorizable o legalizable conforme a las normas de planeamiento municipal vigentes tanto en el momento de realizar la edificación como las vigentes a la fecha de dictarse la presente resolución., por no estar permitida en esa clase de suelo el establecimiento de edificaciones vinculadas a uso residencial, sin que por otra parte el acusado haya obtenido o solicitado la preceptiva licencia municipal, estando tasado el coste de reposición de los terrenos a su estado original en la cantidad de 10.905,60 euros."

El fallo de dicha resolución resulta del tenor literal siguiente:

"Que DEBO DE CONDENAR Y CONDENO a **FRANCISCO DOMINGO SANCHEZ LOPEZ** como autor penalmente responsable de un delito consumado contra la ordenación del territorio del art. 319.2 del Código Penal, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6º del Código Penal, a las penas de **UN AÑO DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, **DOCE MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS**, con aplicación de lo dispuesto por el art. 53 del Código Penal para el caso de impago e **INHABILITACION ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESION DE CONSTRUCTOR O PROMOTOR POR TIEMPO DE UN AÑO** así como al pago de las costas causadas.

Se decreta la demolición de lo construido y la realización de las obras precisas para reponer la parcela objeto de autos a su estado originario a cargo del reo. Tal

de buena fe".

Fue criterio de esta Sección de la Audiencia Provincial de Sevilla el de no considerar procedente el acuerdo de demolición en los supuestos (en esencia y siempre en función de las circunstancias concretas de cada caso) de urbanizaciones o zonas residenciales de hecho construidas en suelo no urbanizable rural sin especial protección con posibilidades de legalización o regularización. Criterio, que como no puede ser de otro modo, vino a ser matizado desde que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión en las sentencias de 21 de junio de 2012 (nº 529/2012) y de 22 de mayo 2013 (nº 443/2013), habiendo esta Sección estudiado el tema, de nuevo ahora planteado, en la mencionada sentencia en el recurso de 15 de octubre de 2013 dictada en el Rollo 1746/13 en la que se establecía:

"... en un claro afán de demarcar el alcance del tan controvertido apartado 3 del artículo 319 del Código Penal, esta repetida doctrina jurisprudencial interpreta dicha norma de la siguiente manera:

1) la demolición de lo edificado o construido no es una sanción o pena accesoria ("*no es una consecuencia accesoria, tampoco una sanción añadida al delito principal*"). Tampoco es -aclaran- responsabilidad civil derivada del delito "*dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario*", interpretándose que "*se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP. Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística, "una medida de restablecimiento de la legalidad conculcada por el delito"* (criterio ya apuntando en anteriores sentencias).

Expresamente declaran ambas sentencias que, "*Esta consideración de la demolición como consecuencia jurídica del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento*

que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal”.

2) si bien no es de aplicación mecánica o automática, en caso de condena la regla general será la demolición por ser *“del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado”*.

3) no obstante admite posibles excepciones fuera de las cuales jugará esa regla general.

Estas excepciones son:

a) *“las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa”, y*

b) *“aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción, esto en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme, puede insertarse que las obras de potencial demolición se encuentran en área consolidada de urbanización, pero no puede extenderse esa última excepción a tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal; pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumaría un nuevo atentado a la colectividad beneficiándose los infractores en el futuro de servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, en detrimento de quienes adquirieron el suelo a precio de urbano, con repercusión de tales servicios y acometieron la construcción con los oportunos proyectos y licencias, amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albor de posibles cambios futuros de criterio - lo que llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a suspender la mayoría de las sentencias, ante la posibilidad o el riesgo de que el legislador modifique los tipos correspondientes o incluso despenalice la conducta.”*

4) como se desprende de lo dicho en el apartado 1), al socaire de la naturaleza peculiar de la demolición, ambas sentencias dejan la puerta abierta a la posibilidad de suspender o dejar sin efecto la ejecución de la demolición "si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria".

SEGUNDO. -El supuesto enjuiciado, en modo alguno encajaría en la excepción que pretende, por cuanto entendemos que exige que la regularización de la construcción haya operado a través de la aprobación del correspondiente plan urbanístico o de la aprobación de su revisión o modificación, en palabras de las sentencias del Tribunal Supremo antes analizada, "ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción".

Y así resulta que, conforme a la documentación que obra en autos, no consta que la construcción objeto de autos haya sido regularizada a través del correspondiente plan urbanístico, y en palabras del Arquitecto municipal en el juicio oral el Ayuntamiento no ha legalizado la construcción de autos. Pretender justificar la no demolición que se invoca en la existencia del Avance de Planeamiento que permitiría en su caso al apelante regularizar su vivienda mediante la obtención de la declaración de asimilado a fuera de ordenación (AFO), para lo cual sería solo necesario el reconocimiento del ayuntamiento de la localidad, se revela como una mera posibilidad que no logra desvirtuar la realidad de que no ha tenido lugar la efectiva regularización de lo construido, y por ello mantiene el suelo afectado la misma calificación de no urbanizable, de lo que resulta que no es apreciable la segunda de las excepciones admisibles según la jurisprudencia comentada y por ello el recurso ha de ser desestimado confirmándose la demolición que constituye el único objeto del recurso pues ante la imposibilidad de atender a las excepciones se impone el criterio formulado por la jurisprudencia analizada.

Antes de concluir conviene matizar que esta decisión de acordar la demolición, que adoptamos en acatamiento de lo que es ya reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (y en respeto a la garantía de seguridad jurídica que persigue su finalidad unificadora de doctrina), podría resultar, en su caso, compatible con la posibilidad de dejarla sin efecto o suspenderla a que aluden las tan citadas sentencias del Tribunal Supremo, de avanzarse en el procedimiento de regularización de las viviendas ubicadas en pago de las Jaretas, entre ellas la del condenado. Posibilidad de suspensión "hasta tanto finalice el proceso de regularización".

TERCERO.-Se impone, pues, la revocación de la sentencia impugnada y la declaración de oficio las costas de esta segunda instancia a tenor de los artículos 239 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, es por lo que

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Francisco Domingo Sánchez López contra la sentencia de 14 de julio de 2014 el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sevilla en los autos del Asunto Penal 579/13 que se confirma, y declaramos de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes, advirtiéndoles que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno, y devuélvase los autos con testimonio de esta resolución al Juzgado de lo Penal para su cumplimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos,