



AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION TERCERA
SEVILLA

ROLLO 4359/16 1C
ASUNTO PENAL 75/14
JUZGADO PENAL NÚM. 5

SENTENCIA NÚM. 198/2017

ILTMOS. SRES.
Dº. ANGEL MARQUEZ ROMERO
Dª INMACULADA JURADO HORTELANO
D. LUIS GONZAGA DE ORO-PULIDO SANZ.

En la Ciudad de Sevilla, a siete de abril de dos mil diecisiete.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen ha visto los autos de Procedimiento Abreviado núm. 75/14 procedentes del Juzgado de lo Penal núm. Cinco de ésta capital, seguido por delito contra la ordenación del territorio contra los acusados [REDACTED] cuyas circunstancias personales ya constan, venido a este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por EL Mº Fiscal contra la sentencia dictada en el citado Juzgado, siendo ponente en esta alzada el Ilmo. Sr. D. Angel Márquez Romero.

ANTECEDENTES DE HECHO

Asunto de Luis Pulido 2014/12

D.S.M.A 264/09 (C.D)

OT

*- la Junta (Arbol)
- Afo "sobrevivido" tras el juicio
- No de aplicación (= contrario sensu ya)
* e incluso en el momento de la redacción y el momento de la*

Es copia



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

PRIMERO.- En fecha 19 de febrero de 2016, la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Penal número Cinco de Sevilla, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal "Condenar a [REDACTED] y [REDACTED] como autores responsables de un delito contra la ordenación del territorio, ya definido a la pena para cada uno de ellos de 6 meses de prisión con accesoria de inhabilitación para el sufragio pasivo durante la condena; multa de 12 meses con cuota diaria de 3 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de promotor y constructor por tiempo de un año así como al pago por mitad de las costas del procedimiento.

No ha lugar a la demolición de lo construido sin perjuicio de que en el proceso administrativo correspondiente se acordara dicha demolición si finalmente no se alcanzase la regularización."

SEGUNDO.- Contra la citada sentencia se interpuso por el Mº Fiscal, recurso de apelación basado en los motivos que más adelante serán analizados.

TERCERO.- Tramitado el recurso con observancia de las formalidades legales y elevadas las actuaciones a la Audiencia, fueron turnadas a esta Sección designándose Ponente y procediéndose a su deliberación y fallo.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los Hechos Probados de la sentencia recurrida que se dan por reproducidos en esta segunda instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Mº Fiscal impugna la sentencia de instancia por infracción de precepto legal al estimar que debe acordarse la demolición de las obras indebidamente realizadas de conformidad con lo dispuesto en el art. 319.3 del Código Penal, según el cual: "*En cualquier caso, los jueces o tribunales,*

motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe".

La sentencia recurrida, por conformidad de las partes, condenaba a los acusados, ~~_____~~ como autores de un delito contra la ordenación del territorio, pero respecto a la única cuestión debatida en el juicio, la demolición o no de lo construido se decidió la no demolición, sin perjuicio de que en el proceso administrativo correspondiente se acordara dicha demolición si finalmente no se alcanzase la regularización.

Los acusados, en octubre de 2008, con conocimiento de la imposibilidad legal de edificación, construyeron en el interior de la parcela que habían adquirido y que tenía una calificación urbanística de suelo rústico no urbanizable de régimen común y uso agrario, una vivienda de una sola planta de 90 m2, piscina de 40 m2 y cuartillo de 5 m2, siendo dicha construcción no autorizable o legalizable conforme a las normas urbanísticas, sin que hubieran obtenido ni solicitado licencia municipal.

Ante estos hechos, el Juez "a quo" decidió la no demolición por estimar que la construcción se encuentra en proceso de posible legalización, remitiéndose al proceso administrativo correspondiente para decidir dicha demolición si finalmente no se alcanzase la regularización.

SEGUNDO.- Ha sido criterio constante de esta Sección, plasmado en reiteradas sentencias (a título de ejemplo citamos las SS 23/10/12, 24/06/14 y 25/11/14), acorde con la línea mayoritaria de otras Secciones de esta Audiencia Provincial, considerar que, cometido el delito contra la ordenación del territorio, la demolición de la obra o reposición a su estado originario de la realidad física alterada es una consecuencia jurídica del delito que 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. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del delito.

Sin embargo, no podemos desconocer, en palabras de la STS 529/2012, (Sala 2), de 21 de junio, que ni el tenor literal del art. 319.3 del Código Penal vigente al momento de los hechos, ni la redacción del mismo operada tras la entrada en vigor de la LO 5/2010 (ni aún hoy, añadimos, con la reforma operada por LO 1/2015), permiten afirmar que la demolición de lo construido sea la consecuencia obligada, necesaria e ineludible de la comisión de un ilícito de esta naturaleza.

Dado que el precepto que analizamos establece la demolición de forma no imperativa y no facilita criterios para adoptar la decisión, nos recuerda la sentencia 529/2012 mencionada que "se tienen en cuenta la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia, la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción; tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc...

Así por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción o la obra, están completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables, o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y, en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

Conforme a estas ideas podrían admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa y 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 sólo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumiría 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 albur 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.

Fuera de estos casos debe entenderse que la demolición es del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado y obviamente no es argumento de suficiente entidad frente a ello que no puede repararse todo el daño causado genéricamente en la zona por existir otras construcciones en la misma, pues ello supondría una torticera interpretación de la normativa urbanística en vigor con la finalidad de alterar el régimen jurídico del suelo —suelo urbano donde no lo había— y posibilitar luego una consolidación de las edificaciones con una apariencia de legalidad y con afectación de terceros de buena fe —los posibles compradores. No es factible por ello argüir la impunidad administrativa o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística para pretender que los jueces y tribunales no restablezcan la legalidad tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado”.

En resumen, afirma el Alto Tribunal en la sentencia de referencia que "debe entenderse que la decisión sobre si ha de acordarse o no la demolición ha de ponerse en relación con la naturaleza misma de estos delitos y con la respuesta general del ordenamiento jurídico respecto de la restauración de la legalidad urbanística.

Una vez que el legislador, por la mayor entidad del hecho, ha dispuesto que ha de ser contemplado como infracción penal y como un ilícito administrativo, es el proceso penal el que, con arreglo a las normas penales, ha de dar respuesta, y ello tanto en lo que se refiere a la pena como a las demás consecuencias del delito, sin que el órgano de la jurisdicción penal competente pueda eludir sus obligaciones de esta materia refiriendo parte de la reacción jurídica a un futuro expediente administrativo".

TERCERO.- Llegados a este punto, frente al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que interesa la demolición de la edificación se alza la defensa, acreditando mediante prueba documental aportada por vía del artículo 790.3 LECrm. que, por Decreto de 17/06/15, el Excmo. Ayuntamiento de Arahal acordó reconocer a su favor la Declaración de Asimilado a Fuera de Ordenación de la edificación sita en EN PASAJE "La Jareta", Polígono 6, Parcela 4, con referencia catastral 000802500TG71G0001YT, esto es, la edificación a que se refiere este proceso; situación nueva y sobrevenida que no fue conocida por la Magistrada de instancia y que, a la postre, provocará la confirmación del pronunciamiento recurrido.

El Decreto de la Junta de Andalucía 2/2012, de 10 de enero, por el que se aprueba el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía, ha dado cobertura a las edificaciones en situación de "asimilado al régimen de fuera de ordenación", construidas sin licencia urbanística o contraviniendo sus condiciones, respecto a las cuales se hubiere agotado el plazo para adoptar medida de protección de la legalidad urbanística y de restablecimiento del orden jurídico infringido,

X
Hecho
nuevo
050

incluyéndose en esta categoría jurídica aquellos supuestos que, habiendo transcurrido el plazo previsto en el art. 185 de la LOUA, no sea posible por parte de los Consistorios acordar la medida cautelar o definitiva de protección del orden urbanístico alterado; es decir, que exista prescripción de la infracción urbanística, que tras la entrada en vigor la Ley 2/2012, por el que modifica el precepto 185.1 de la LOUA, será 6 años desde la completa terminación, y además no haya habido interrupción en cuanto al plazo de restauración de la legalidad urbanística.

La aplicación del Decreto 2/2012 se había visto seriamente dificultada a la hora de establecer la regularización de las edificaciones construidas al margen de la legalidad que situadas en parcelaciones urbanísticas no tengan la condición de asentamiento urbanístico. Para estas edificaciones, el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación queda cuestionado por la inexistencia de limitación temporal para la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística en la parcelación urbanística sobre la que se asientan, extendiéndola a las propias edificaciones.

Para dar respuesta a esta problemática, con fecha 5 de agosto de 2016, después incluso de la sentencia dictada en este proceso, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 150, la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

En palabras de su Exposición de Motivos, la modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, tiene por objeto principal eliminar la incertidumbre en la que se encuentran las edificaciones descritas (edificaciones construidas al margen de la legalidad que situadas en parcelaciones urbanísticas no tengan la condición de asentamiento urbanístico) de tal forma que a dichas edificaciones y sus parcelas, y solo a estas, les sea de aplicación el plazo establecido por el

artículo 185.1 de dicha ley para que la Administración pueda adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística contra ellas, si bien, como regla general, se mantiene la inexistencia de limitación temporal para la adopción de medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado para las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

Para lograr este objetivo, se parte de considerar intrínsecamente ligada la edificación y la parcela donde ésta se asienta, de forma que el transcurso del plazo establecido por el referido artículo 185.1 conlleva la imposibilidad de adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística tanto a la edificación como a su parcela asociada. En este sentido, se modifica el apartado A) del artículo 185.2 de la citada ley, quedando excepcionadas de esa ilimitación de plazo para el ejercicio de medidas de protección de la legalidad urbanística en las parcelaciones urbanísticas las edificaciones de uso residencial y las parcelas asociadas a éstas, a las que se les aplica el plazo general del artículo 185.1, quedando sometidas a un régimen jurídico específico de asimilación al de fuera de ordenación. Otra de las novedades incorporadas por esta nueva reforma es que la declaración de asimilado al régimen de fuera de ordenación surtirá los efectos de la licencia urbanística.

Al abordar la incidencia que sobre la procedencia del pronunciamiento de demolición puede tener el régimen jurídico resultante de esta normativa hemos de destacar y hacer nuestros los sólidos argumentos de la sentencia de cuatro de abril de 2014 de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial de Sevilla, luego acogidos por la Sección 1ª en su sentencia de 26 de enero de 2017, en la literalidad de sus términos:

"1.- Es obvio, pero conviene explicitarlo, que el Decreto 2/2012 carece de cualquier trascendencia respecto a la tipicidad penal de la obra ilegal. En las expresivas palabras de su exposición de motivos, las edificaciones cuyo régimen se ve afectado por la norma "siguen manteniendo su situación jurídica de ilegalidad, y en consecuencia su reconocimiento o tolerancia por la

Administración lo será sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera haber incluido su titular", responsabilidades cuyo mantenimiento declara expresamente el artículo 7 del Decreto.

2. - No menos evidente es, sin embargo, que al crear para algunas de esas edificaciones ilegales una nueva categoría, denominada "situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación", con un régimen específico, similar, aunque con mayores restricciones, al previsto para las edificaciones situación legal de fuera de ordenación en sentido propio (la que regula la disposición adicional de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía), el Decreto 2/2012 viene a posibilitar no una legalización o regularización de tales edificaciones, pero sí su definitiva consolidación, al autorizarse en ellas determinadas obras de mantenimiento y preverse, con estrictas condiciones y limitaciones, la prestación de servicios básicos a las mismas (artículo 8, apartados 3 y 4, del Decreto), así como la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad (artículo 53.5 del Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía -Decreto 60/2010, de 16 de marzo-, en su redacción por la disposición final primera del Decreto 2/2012).

3. - El reconocimiento para una edificación concreta de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación es competencia exclusiva del Ayuntamiento correspondiente (artículo 9.1 del Decreto) mediante un procedimiento reglado y relativamente rápido -seis meses, según el artículo 12.2 del Decreto-, y no requiere per se (salvo, entendemos, para los asentamientos urbanísticos) la formulación o revisión de un Plan General de Ordenación (cuya aprobación definitiva está reservada a la Administración autonómica por el artículo 31.2 B) de la LOUA), puesto que, en defecto de Plan General, basta como punto de partida del procedimiento un avance de planeamiento para su identificación, que igualmente es de competencia exclusiva del Ayuntamiento, en cuanto tiene el carácter de ordenanza municipal (artículo 4.2 del Decreto). Quiere decirse que, cumpliéndose las condiciones para el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de

ordenación, a partir de la vigencia del Decreto 2/2012 no cabe argumentar para ordenar la demolición en vía penal de una obra ilegal ni el carácter meramente interno que al avance de planeamiento atribuye el artículo 29.3 de la LOUA ni la necesidad de una revisión del planeamiento urbanístico por la Administración autonómica.

Las consecuencias prácticas de estas consideraciones generales han de ser, a nuestro juicio, las siguientes:

a) No debe acordarse en ningún caso la demolición de la obra ilegal cuando esta ha obtenido el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen legal de fuera de ordenación, conforme a las previsiones del Decreto 2/2012 de la Junta de Andalucía. Resultaría desproporcionado y generaría agravios comparativos inasumibles que la jurisdicción ordenase la demolición de una construcción que la administración, tras un procedimiento reglado, ha permitido conservar de acuerdo con la normativa vigente.

b) Tampoco debe acordarse la demolición, como regla general, cuando el procedimiento para el reconocimiento de la edificación ya se ha iniciado (partiendo de su previa identificación en el Plan o en el Avance de planeamiento), salvo que se adviertan obstáculos insalvables de legalidad, en especial los relativos a las necesarias condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad (artículo 10.1 e) del Decreto). En este tipo de casos no estamos ante una expectativa más o menos difusa de eventual "legalización" futura de la obra, sino ante un concreto expediente administrativo ya en curso y cuya conclusión esperable es la resolución reconociendo la situación de asimilado a fuera de ordenación, con las consecuencias antes vistas.

c) Debe acordarse, en cambio, la demolición cuando la obra ilegal no es susceptible de ese reconocimiento, como ocurre cuando no han prescrito las medidas administrativas de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado (artículo 3.1 del Decreto, en

relación con el 185 de la LOUA) o cuando las edificaciones se han ubicado en terrenos clasificados de antemano como suelo no urbanizable de especial protección (artículo 3.2 del Decreto). Mientras esas situaciones se mantengan, el reconocimiento es imposible y es aplicable la doctrina jurisprudencial sobre la irrelevancia de las meras expectativas de modificación futura de la situación legal.

d) En los casos en que el reconocimiento o regularización de la edificación exija una revisión del planeamiento vigente (como ocurre con carácter general con los asentamientos urbanísticos) o cuando no se acredite la iniciación del procedimiento para el reconocimiento, siendo este posible, debe acordarse la demolición de la obra ilegal, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia pueda dejarse sin efecto esa disposición si el reconocimiento de la edificación o la modificación del planeamiento hacen innecesaria dicha demolición, como permite su naturaleza de consecuencia jurídica del delito, según advierten expresamente las dos sentencias del Tribunal Supremo citadas en el fundamento segundo (SSTS 529/2012, de 21 de junio y 443/2013, de 22 de mayo)".

La aplicación de estas consideraciones y criterios de actuación al caso de autos determinará la suerte desestimatoria del recurso, pues no debe acordarse la demolición de la obra ilegal por haber obtenido ya el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen legal de fuera de ordenación, supuesto incluido en el apartado a) de los que hemos enumerado, que tiene perfecto encaje en la doctrina jurisprudencial mencionada en el primer fundamento de esta sentencia, que contempla como excepción a la demolición aquellas situaciones "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".

Tampoco

AFO
no es instrumento de planeamiento



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

CUARTO.- De conformidad con los artículos 239, siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada en el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Sevilla, en el Asunto Penal núm. 75/14, debemos confirmar y confirmamos en su integridad dicha sentencia, sin hacer imposición de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe otro recurso que el de revisión, cuando proceda, y devuélvanse los autos al Juzgado, con testimonio de ella para su ejecución.

Así por esta sentencia, juzgando definitivamente en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido publicada en el día de su fecha.
Doy fe.