

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 854/2016, de 11 de noviembre de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 794/2016

SUMARIO:

Delitos contra la ordenación del territorio. Delito continuado de estafa en concurso con delito de falsedad en documento oficial. Desobediencia grave. Construcción de una casa destinada a vivienda, careciéndose de la preceptiva licencia urbanística, en terreno clasificado como suelo no urbanizable no especializado. Venta del inmueble a terceros de buena fe, ocultando la existencia del correspondiente expediente administrativo y órdenes de suspensión y precinto. Dictada sentencia de conformidad prestada por los acusados, la controversia radica en la demolición acordada de lo construido. La reparación en la forma de demolición de la construcción será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 C. Penal máxime cuando las viviendas no constituyen primera vivienda para los afectados actuales propietarios, con lo que con la indemnización acordada a su favor se les resarce de los perjuicios que tal demolición les acarrearán, caso de resultar la solvencia de los condenados. La demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables. No es argumento impeditivo de la demolición que en la zona donde se realizó la construcción existan numerosas viviendas similares, pues esto sería tanto como convertir un suelo no urbanizable en suelo urbano o urbanizable por la desidia de la Administración incluida la penal y tampoco se puede aceptar por el mismo motivo el argumento del paso del tiempo y la duración injustificada del procedimiento.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 8, 21.6, 109, 110, 112 y 319.3.

Constitución española, art. 9, 10, 14, 18, 24 y 33.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH).

Ley de Enjuiciamiento criminal, art. 787.

PONENTE:

Don Francisco Monterde Ferrer.

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don FRANCISCO MONTERDE FERRER

Don JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

Don JOSE MANUEL MAZA MARTIN

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Noviembre de dos mil dieciséis.



En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 794/2016, interpuesto por la representación procesal de los acusadores particulares D. Abelardo , D. Alfredo y Dª Sagrario , contra la sentencia dictada el 8 de Septiembre de 2015 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el Rollo de Sala Nº 32/2014 , correspondiente a las Diligencias Previas nº 2077/2004 del Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Chiclana, que condenó a D. Benedicto , D. Candido , y D. Cirilo , todos ellos recurridos en el presente procedimiento, como autores responsables de un delito contra la ordenación del territorio, y de un delito de estafa en concurso con el de falsedad , habiendo sido parte en el presente procedimiento como recurrentes, los acusadores particulares D. Abelardo , D. Alfredo y Dª Sagrario representados por el Procurador D. Ignacio Cuadrado Ruesca; y como recurridos La Gerencia Municipal de Urbanismo de Chiclana de la Frontera, actualmente Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, representado por el Procurador D. Jacinto Gómez Simón y los condenados D. Benedicto , representado por la Procuradora Dª Nuria Lasa Gómez; D. Candido , representado por la Procuradora Dª Mª Carmen Echevarria Terroba; y D. Cirilo , representado por la Procuradora Dª Julia Rodríguez Álvarez; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Chiclana, incoó Diligencias Previas con el nº 2077/04 en cuya causa la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 8 de Septiembre 2015 , que contenía el siguiente Fallo: "Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Benedicto como autor criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio ya definido, con la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal muy cualificada de dilaciones indebidas ya definida, a la pena de 6 meses de prisión, multa de 6 meses con una cuota diaria de 10 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión o actividad relacionada con la promoción o construcción por tiempo de un año, por el delito continuado de estafa en concurso con el de falsedad ya definidos con la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas ya definida a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, multa de 6 meses con cuota diaria de 10 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y por el delito de desobediencia grave ya definido con la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la pena de 3 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de un tercio de las costas procesales sin incluir las de la acusación particular.

Al acusado Candido como autor criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada ya definida de dilaciones indebidas a la pena de 6 meses de prisión, multa de 6 meses con cuota diaria de 10 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión o actividad relacionada con la promoción o construcción por tiempo de un año y como autor de



www.civil-mercantil.com

un delito de desobediencia grave ya definido con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de 3 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros diarios con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de un tercio de las costas procesales sin incluir las de la acusación particular.

Al acusado Cirilo como autor criminalmente responsable de un delito de falsedad en documento oficial ya definido con la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas ya definida, a la pena de 3 meses de prisión, multa de 3 meses con una cuota diaria de 10 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de un tercio de las costas procesales sin incluir las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil al acusado Benedicto , deberá indemnizar a Abelardo en la cantidad de 153.300 euros, a Alfredo y a Sagrario en la cantidad de 75.150 euros a cada uno de ellos por los perjuicios causados, con incremento de los intereses legales conforme al art. 576 L.E.Crim .

Se decreta la demolición de la obra a costa de los propios acusados condenados Benedicto y Candido previa constitución de las garantías previstas legalmente para garantizar la demolición y el pago de las indemnizaciones acordadas a favor de Abelardo , Alfredo y Sagrario .

Se declara la nulidad de la escritura pública de obra nueva y división vertical otorgada por Benedicto en fecha 11-11-03 ante el Notario del Ilustre Colegio de Sevilla D. José Manuel Páez Moreno con residencia en Chiclana y cuya copia bajo el nº. 2307 consta incorporada en autos y el comiso ganancias obtenidas por el delito que se determinará en ejecución de sentencia.

Procede la cancelación de las inscripciones registrales que dimanen de las escrituras nulas.

Para el cumplimiento de la pena impuesta será de abono a los condenados la totalidad del tiempo que hayan permanecido privado de libertad por esta causa de no haberles servido para extinguir otras condenas.

Acredítese la solvencia de los condenados."

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos : "El Acusado Benedicto , en fecha 6 de octubre de 2003, adquirió del matrimonio formado por D. Joaquín y Dña. Consuelo una parcela sita en Chiclana de la Frontera, Pago Melilla, CAMINO000 (FINCA000 , Pago del Sotillo) mediante contrato de compraventa expedido en documento privado. Dicha parcela había sido adquirida previamente por D. Joaquín y Dña. Consuelo en el mes de noviembre de 1999 mediante contrato de compraventa elevado a escritura pública el día 18 de dicho mes y año. En el momento de la venta al acusado la parcela se encontraba sin vallar, vacía, sin ningún tipo de construcción y en suelo clasificado como no urbanizable no especializado. Posteriormente, ante la insistencia de los vendedores para que se elevara a escritura pública el mencionado contrato, el acusado, prevaliéndose de la circunstancia de que el matrimonio entendía poco y mal la lengua española, logró de éstos -en la creencia de que lo que firmaban era la escritura pública de compraventa- que le fuera otorgado el día 27 de octubre de 2003 un poder especial que le otorgaba, entre otras facultades, las de efectuar segregaciones, agrupaciones, divisiones, declaraciones de obra nueva, vender la finca entera o por porciones por el precio y condiciones que estimara oportunos y otorgar y firmar cuantos documentos públicos y privados fueren precisos.



www.civil-mercantil.com

Una vez obtenido el poder, Benedicto procedió, con ánimo de lucro, a ejecutar un plan preconcebido que tenía por objeto la edificación ilegal en la parcela de dos viviendas para su posterior enajenación a terceros atribuyendo cualquier tipo de responsabilidad legal a D. Joaquín y a Dña. Consuelo . Para ello, el 28 de octubre de 2003 contrató los servicios del acusado Cirilo , ingeniero técnico industrial, para que expidiera un certificado en el que se hiciera constar que, a requerimiento de Dña. Consuelo y personado en la FINCA000 , Pago del Sotillo", había constatado la existencia en la misma de una edificación de unos 220 metros cuadrados de una antigüedad de unos 5 ó 6 años aproximadamente, pudiéndose establecer el período de construcción en el año 1997-98, todo ello a sabiendas de la falta de autenticidad de dichos hechos.

A continuación, en el mes de noviembre de 2003, D. Benedicto encargó al otro acusado Candido , la construcción de una casa de una sola planta destinada a vivienda con una superficie de 220 metros cuadrados y ello aun conociendo ambos acusados que no se disponía de la preceptiva licencia urbanística de obras y de la naturaleza rústica de la finca, hallándose el suelo calificado conforme a las Normas Subsidiarias aprobadas definitivamente en fecha 18-9-87, vigentes al momento del inicio de los hechos, como suelo no urbanizable no especializado y, conforme al actual Plan General de Ordenación Urbana, aprobado definitivamente el 23-11-03, como Suelo No Urbanizable de Especial Protección Integral "Pinares y otras Formaciones Naturales Subcosteras".

Posteriormente, tras visita llevada a cabo por un técnico municipal de Urbanismo el día 21-11-03 y comprobar la ejecución en la finca de obras consistentes en cerramiento de parcela y marcado de ejecución sin la preceptiva licencia, se procedió por decreto de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 28-1-03 a la incoación del correspondiente expediente sancionador con orden de inmediata paralización de las obras al acusado Candido quien, a pesar de ser notificado personalmente el día 5-1-04, continuó con la ejecución de las mismas siendo así que en una segunda visita del técnico municipal D. Emilio , el día 30-3-04 pudo comprobarse la construcción de dos viviendas unifamiliares aisladas de aproximadamente 100 metros cuadrados por lo que, con fecha 28-4-04 se procedió a incoar nuevo expediente sancionador al anterior y notificado el día 5-5-04.

Paralelamente, el día 11 de noviembre de 2003, el acusado Benedicto procedió, con base en el certificado emitido por Cirilo , al otorgamiento de escritura pública de obra nueva y división vertical ante el notario de Chiclana D. José Manuel Páez Guerrero. En ella, y ante la expresa advertencia del Sr. Notario de que la falta de verdad en su declaración daría lugar a falsedad en documento público, el acusado manifestó que le constaba de ciencia propia que la edificación declarada en la escritura se correspondía con la realidad y que fue construida y terminada en el año 1997 por el matrimonio formado por D. Joaquín y Dña. Consuelo .

Posteriormente, el día 30 de diciembre de 2003, el acusado Benedicto promovió la inscripción en el registro de la Propiedad de la obra nueva de una casa de una sola planta destinada a vivienda con una superficie de 220 metros cuadrados y, en el mismo asiento, a constituir un régimen de propiedad horizontal, quedando dividida la edificación en dos viviendas unifamiliares de 110 metros cuadrados cada una, viviendas que en realidad eran las construcciones que ilegalmente se estaban edificando y que para finales de marzo ya estaban terminadas.

Finalmente, el acusado Benedicto , con ánimo de lucro, culminando su plan preconcebido y tratando de ampararse en la protección registral, procedió el día 13 de enero de 2004 a la venta en documento privado de una de las dos viviendas a Abelardo quien la adquirió en la creencia de la legalidad de la misma por un precio de 153.300 euros. Tras esta venta y ante la imposibilidad de otorgar escritura pública en nombre de D. Joaquín y Dña. Consuelo al haber éstos procedido en escritura pública de fecha 19 de marzo de 2004 a la revocación del



www.civil-mercantil.com

poder otorgado al acusado Benedicto , éste, aun conociendo dicha revocación ya que fue requerido notarialmente para la devolución del poder el día 22 de marzo de 2004, hizo uso del mismo para otorgar el día 10 de mayo de 2004 escritura pública de compraventa en nombre de los anteriores.

De la misma forma, D. Benedicto vendió la otra vivienda por iguales partes indivisas a los cónyuges Alfredo y Sagrario quienes la adquirieron por precio de 150.300 euros igualmente confiados en la legalidad de la misma, otorgándose escritura pública de la venta el día 17 de marzo de 2004 y en la cual el acusado manifestaba, una vez más obrar en nombre y representación de los Sres. Consuelo Joaquín .

Ninguna de estas viviendas que se vendieron a Alfredo y Sagrario y Abelardo constituyen primera vivienda.

El procedimiento ha sufrido diversas paralizaciones injustificadas entre ellas desde la providencia de 10-02-10 obrante al folio 282 de las actuaciones y la petición del Ministerio Fiscal de 30-01-2014 obrante al folio 444 que dio lugar a la diligencia de ordenación de 19 de marzo de 2014."

3.- Notificada la sentencia a las partes, la representación de los acusadores particulares D. Abelardo , D. Alfredo y Sagrario , anunciaron su propósito de interponer recursos de casación que se tuvieron por preparados por auto de 30 de Marzo de 2016, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 5 de Mayo de 2016, el Procurador D. Ignacio Cuadrado Ruesca, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes motivos:

D. Abelardo

Primero.

Por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24. CE , y del derecho a la tutela judicial efectiva , en relación con el Convenio para la Protección de los derechos Humanos y Libertades Públicas, arts. 9 y 10 CE , y art,14 , 18 y 33 CE y art. 1 Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, sobre la inviolabilidad del domicilio, el respeto a los bienes y la propiedad privada.

Segundo.

Por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24. CE , y del derecho a la tutela judicial efectiva : construcción del discurso mediante el que se acuerda la demolición de la vivienda con ausencia de ponderación de las pruebas de descargo, existiendo una inferencia natural que lleva a excepcionar la regla general de demolición.

Tercero.

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr , en relación con el art. 319.3 CP .



www.civil-mercantil.com

D. Alfredo y DÑA Sagrario

Primero.

Por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24. CE , y del derecho a la tutela judicial efectiva , en relación con el Convenio para la Protección de los derechos Humanos y Libertades Públicas, arts 9 y 10 CE , y art,14 , 18 y 33 CE y art. 1 Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, sobre la inviolabilidad del domicilio, el respeto a los bienes y la propiedad privada.

Segundo.

Por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24. CE , y del derecho a la tutela judicial efectiva : construcción del discurso mediante el que se acuerda la demolición de la vivienda con ausencia de ponderación de las pruebas de descargo, existiendo una inferencia natural que lleva a excepcionar la regla general de demolición.

Tercero.

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr , en relación con el art. 319.3 CP .

5.- El Ministerio Fiscal, la Gerencia Municipal de Urbanismo de Chiclana de la Frontera, por medio de escritos, fechados el 27 de Junio de 2016 y el 12 de Julio de 2016, respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por la razones que adujeron, interesaron la inadmisión de los motivos de los recursos que, subsidiariamente, impugnaron. La representación del condenado D. Cirilo manifestó no afectar los recursos a sus intereses; y el acusado D. Benedicto apoyó los recursos presentados, como también se adhirió a los mismos el acusado D. Candido .

6.- Por providencia de 17 de Octubre de 2016 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su deliberación y fallo el pasado día 2 de Noviembre de 2016 , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSOS DE D. Abelardo Y D. Alfredo Y DÑA Sagrario .

Por ser plenamente coincidentes, los estudiaremos de manera conjunta.

Primero.

El primero de los motivos se formula por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24.



www.civil-mercantil.com

CE, y del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, arts 6.1, 7.1, arts 9 y 10 CE, y art. 14, 18 y 33 CE y art. 1 Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, sobre la que las causas sean oídas en un plazo razonable no hay pena sin ley, inviolabilidad del domicilio, el respeto a los bienes y la propiedad privada.

1. Se alega que el proceso y la resolución adoptada referente a la demolición colisiona con el derecho a la tutela judicial efectiva. La demolición que afecta a unos inocentes, extranjeros, desconocedores de la lengua y del sistema jurídico español, con actuaciones lamentables del Ayuntamiento, Notario, Registrador, tras un plazo de duración irrazonable del proceso administrativo y penal, es una pena en sí misma que afecta a las víctimas y sus derechos como la igualdad, intimidad personal y familiar y la propiedad, todos ellos reconocidos por la CE y el protocolo 1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. El entramado delictivo sólo se ha investigado superficialmente por el Juez y el Fiscal, que no han conseguido que los acusados afianzaran (con su declaración de insolvencia) el resultado económico del proceso. Ello va en contra de criterios básicos de justicia en el que unas personas inocentes, que han invertido los ahorros de toda una vida, han sufrido durante más de una década las deficiencias de un sistema que no ha hecho más que favorecer a los delincuentes. La medida va en contra del principio de proporcionalidad, porque con la demolición no se va a devolver a la zona su estado originario; el PGOU que califica la zona de "especial protección integral" se halla anulado en la actualidad por el TS. En Pago Melilla existen más de 1.000 viviendas (y 4.000 ilegales en el término municipal) y no se ha ejecutado ninguna otra demolición. En definitiva no es lícito arbitrar medidas que vulneren los derechos fundamentales con el objetivo de controlar el urbanismo, cuando ello puede llevarse a cabo, sin necesidad de ello, tan sólo con un correcto funcionamiento de la Administración pública.

2. Como ha recordado repetidamente esta Sala (SSTS de 18 de marzo de 1996; 13 de noviembre de 1998; 7-6-2012, nº 469/2012), el derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, con carácter de derecho fundamental, en el sentido en el que aquí se alega, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho, es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado.

Ello significa que la tarea casacional ha de contraerse en los supuestos de mención del referido derecho fundamental, a la estricta comprobación de los contenidos argumentales de la resolución recurrida, de su razonabilidad y valor como respuesta fundada a las cuestiones suscitadas y sobre las que se pronuncia, pero sin que, en ningún caso, pueda suponer la utilización de esta vía entrar a valorar nuevamente el material probatorio disponible, sustituyendo el criterio a este respecto del Tribunal de instancia por el que aquí pudiera alcanzarse.

Conviene, por tanto, precisar que no debe confundirse la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible, llevada a cabo por el Tribunal "a quo", a quien corresponde en exclusiva esa función, ni con un derecho del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones.

Y esto es, precisamente, lo que ocurre en el presente caso en el que se razona cumplidamente en los correspondientes fundamentos jurídicos de la Sentencia.

3. Ciertamente, como reconoce la sentencia de instancia en su FJ 1º, dictada sentencia de conformidad, conforme al art. 787 de la LECr, respecto de los delitos y las penas



aceptadas, se centra la controversia en esta causa en la petición efectuada por el Ministerio Fiscal y la Acusación constituida por la Gerencia Municipal de Urbanismo de Chiclana de la Frontera en cuanto a la demolición de las viviendas ilegalmente construidas.

Dijeron en la instancia y repiten ahora los recurrentes que la vulneración del principio de proporcionalidad "se hace evidente en la medida de que dicha resolución provoca un resultado profundamente injusto, que no logra la consecución de ningún fin de interés público o general, y que a las únicas personas que castiga es precisamente a las víctimas de los delitos cometidos " para, a continuación, derivar el discurso argumentativo en una acerada crítica contra todo tipo de autoridades ajenas al presente procedimiento. Incidiendo los recurrentes en el argumento de que, al parecer, hay otras construcciones similares y de mayor envergadura en la zona. Por lo cual, considera la medida de la demolición desproporcionada y tremendamente injusta.

El principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. La STS de la Sala Tercera de 28 de abril de 2000 (rec. nº 369/95), en un supuesto en que se alegaba el principio de proporcionalidad relacionado con la demolición acordada en la vía administrativa, califica este principio como esencial en el Estado Social de Derecho con un relieve constitucional manifestado, especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas, en la esfera de los particulares, de modo que consentida una intervención por razón del interés público, con la cobertura legal necesaria, será preciso preguntarse " si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que la pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta favorable a la esfera de libertad del administrado" . Concluye señalando que el cumplimiento de las exigencias del principio se producirá en caso de respuesta positiva a esas preguntas.

Por su parte la Sentencia, también de la Sala Tercera, de 28 de marzo de 2006, ha insistido en la inaplicabilidad del principio de proporcionalidad al señalar que: " Esta Sala del Tribunal Supremo ... ha declarado reiteradamente que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad ".

4. En el caso sometido a nuestra consideración, para que pudiera operar el principio de proporcionalidad demandado, en relación con el apartado 3º del art. 319 del Código Penal sería preciso que aparecieran de forma contundente las circunstancias que la Sala Tercera del Tribunal Supremo define como "marcadamente excepcionales".

Pero no es tal sentido -como apunta el Ministerio Fiscal- en el que los recurrentes manejan a lo largo de su argumentario el llamado principio de proporcionalidad. Realmente lo están manejando de forma desnaturalizada, convirtiendo el mismo en una justificación imprecisa que permite y ampara una edificación ilícita constitutiva, además, de un ilícito penal.

El Título XVI lleva la rúbrica "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente". El art. 319 se acoge en el Capítulo I "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo". El apartado 3º del referido artículo nos dice: " en cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe".

La sentencia de esta Sala Segunda nº 443/2013, de 22 de mayo , que a su vez se remite a la 901/2012, de 22 de noviembre , argumenta que "la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con los arts. 109 y ss. del C. Penal relativos a la reparación del daño, susceptible de realizarse personalmente por el culpable o culpables o a su costa. La reparación del daño ocasionado por el delito, según



www.civil-mercantil.com

resulta de los arts. 109 , 110 y 112 CP , está prevista con carácter general, algo plenamente dotado de sentido, ya que, de otro modo, la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley. Y tal debe ser, pues, la clave de lectura del precepto del art. 319.3 del C. Penal sobre cuya interpretación se discute. Así las cosas, la reparación en la forma de demolición de la construcción será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 C. Penal ".

Por su parte, la STS nº 816/2014 de 24 de noviembre y respecto a este apartado 3º nos dice que: "el art. 319.3 no podría considerar meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario. De este modo, lo que resulta de una adecuada comprensión sistemática de aquella primera disposición y de las que con ella concuerdan es un marco de limitada discrecionalidad en la modulación por los tribunales de tal deber legal, a tenor de las particularidades del caso concreto, con un criterio de proporcionalidad. Es la única inteligencia razonable de la interacción de ambos vectores normativos, dirigida a evitar tanto la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho como la desmesura de un eventual grave perjuicio para la colectividad que supondría la aplicación a ultranza del imperativo de la demolición en cualesquiera circunstancias".

5. Y como quiera que el art 319.3 CP no señala criterio alguno, en la práctica se tienen en cuenta, según señala la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. STS 529/2012, de 21 de junio): la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor en caso de implicarse sólo intereses económicos, o verse afectados también derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia; y atendiendo asimismo a 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...

Los hechos probados de la Sentencia ahora recurrida señalan, en primer lugar, que las viviendas cuya demolición ha sido acordada están edificadas en suelo no urbanizable de especial protección integral "Pinares y otras formaciones naturales subcosteras" y, en segundo lugar, que tales viviendas no constituyen primera vivienda para los afectados.

En consecuencia, está claro que nos encontramos ante un caso en que la gravedad de la infracción urbanística, la reversibilidad de la obra construida, la condición de espacio natural protegido en que se halla ubicada la parcela y la calificación urbanística de suelo no urbanizable de especial protección (obras ilícitas, por tanto, no autorizables ni legalizables), constituyen circunstancias más que suficientes para acordar la demolición de lo construido. Además, a lo anterior hemos de añadir que las viviendas construidas en tal suelo no constituyen la primera vivienda de los actuales propietarios, con lo que con la indemnización acordada a su favor se les resarce de los perjuicios que tal demolición les acarreará, caso de resultar la solvencia de los condenados.

6. Reconociendo que es muy lamentable el engaño sufrido por los perjudicados, la duración del proceso, y la aparente insolvencia de los condenados -que habrá de ser investigada a fondo por el órgano a quo , calibrando según fuera posible el cumplimiento del pronunciamiento indemnizatorio, el ingreso o no en prisión de los últimos de acuerdo con las condiciones que para la suspensión de la pena impone el art 8º.1 y 2 CP -, no puede sin embargo compartirse el alegato de los recurrentes sobre indefensión sufrida, habida cuenta no sólo del fallo obtenido, sino de su personación como acusaciones particulares a lo largo de todo el procedimiento, calificando, proponiendo prueba y medidas de todo orden en defensa de su derecho.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.



Segundo.

El segundo motivo se configura por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24. CE , y del derecho a la tutela judicial efectiva : construcción del discurso mediante el que se acuerda la demolición de la vivienda con ausencia de ponderación de las pruebas de descargo , existiendo una inferencia natural que lleva a excepcionar la regla general de demolición.

1. Se alega que la sala de instancia no ha tenido en cuenta , además de los documentos mencionados en el motivo anterior que evidencian dilaciones indebidas, deficiente instrucción, carencia de diligencias de investigación y de constitución de garantías, ausencia de inscripción en el Registro de la Propiedad por parte del Ayuntamiento de la existencia de los expedientes disciplinarios que alertaran de su existencia, una serie de circunstancias , como que dos sentencias del TS, Sala de lo Contencioso Advo. de 31 mayo y 1 de junio 2011 confirmando las del TSJ de Andalucía de 10-2-2009 y 13-1-2009 , declararon totalmente anulado el PGOU de Chiclana que clasificó en 2003 los terrenos como "Suelo no urbanizable de especial protección integral, Pinares y otras Formaciones Naturales Subcosteras", volviendo por tanto a estar en vigor las normas subsidiarias (fº 19) como "Suelo no urbanizable no especializado", siendo ésta la calificación actual. Y ello supone que en la actualidad las construcciones se pueden regularizar , conforme al Decreto 2/12 de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable de la CA de Andalucía. Y no se tiene en cuenta que, como reconocen otras sentencias de la Audiencia de Cádiz (335/11 /; 324/12) el Pago Melilla es actualmente un núcleo de población absolutamente consolidado con suministros, servicios básicos y transportes. Y si los Sres. Abelardo y Sagrario carecen de electricidad, es porque fueron engañados por los condenados que efectuaron un enganche ilegal, y ahora se les impide la contratación (art 175 de la LOUA), sin que ello signifique que en la zona no haya suministro eléctrico. No habiéndose tenido tampoco en cuenta que el recurrente Sr. Abelardo habita en la vivienda que adquirió, tras vender la suya en el Reino Unido, donde siguen residiendo los Sres. Sagrario dadas las dificultades descritas.

2. A través del motivo esgrimido los recurrentes pretenden que el Tribunal de casación efectúe una nueva valoración de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral más acorde con sus intereses, que pasan por evitar la demolición, por entender que no ha valorado adecuadamente la prueba practicada y ha omitido otras que entienden relevantes.

Como bien señala la Sentencia recurrida extractando la de esta Sala Segunda nº 529/2012 "... por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción de la obra está completamente fuera de 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 ...".

Frente a lo anterior los recurrentes adentrándose en el Derecho Administrativo, parecen invocar que al día de la fecha el suelo dónde se ubican sus casas se podrían legalizar sin problema alguno, pero sin que en su momento aportaran, al parecer, prueba alguna sobre tal particular.

La Sentencia en su fundamentación nos aclara que la calificación del suelo donde se ubican las viviendas permanece igual actualmente según declaró en el juicio oral, el arquitecto técnico de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Chiclana de la Frontera. Las obran, dice el perito, no eran legalizables según la reglamentación vigente cuando se construyeron ni lo son actualmente.

Y la sentencia de instancia explica (fº 13) que: " Tampoco es argumento impeditivo de la demolición que existan sentencias de esta Audiencia Provincial que no acuerden la



www.civil-mercantil.com

demolición de construcciones ilegales en el mismo pago Melilla, con cita de las sentencia de la Sección 1ª de 29/10/2007 y 27/10/2012 . Así en la primera de ellas no se acordó la demolición porque no habían sido oídos ni traídos al proceso los propietarios de las construcciones, que no es nuestro caso en que sí están personados como acusación particular. La segunda de ellas constituye una doctrina ya superada por esta Audiencia, pues utiliza criterios que no son aplicables actualmente. Así, la situación urbanística en la zona actualmente permanece igual que cuando se construyeron las viviendas y no hay a la vista ningún cambio como señaló en el juicio el perito Armando ."

3. Por otra parte la sentencia también recoge en su FJ 2º, que tampoco puede predicarse que se trate de un área consolidada de la población con suministros. Para tal afirmación se basó en la declaración del testigo Emilio , controlador urbanístico, quien señaló en el acto del juicio oral que "no existen suministros en la zona; que basuras sí pero pro problemas de salubridad pública, no para dar servicio a las viviendas ilegalmente construidas; y que transporte no hay específicamente para esa zona. También se hace eco la sentencia de las declaraciones de los Sres. Abelardo y Sagrario , quienes señalaron que las viviendas carecían de luz eléctrica.

En definitiva, que la Sentencia da cumplida respuesta a todas aquellas incógnitas que los ahora recurrentes plantearon en el Juicio Oral en orden a evitar la demolición y, en consecuencia, el motivo ha de decaer, y por ello ser desestimado.

Tercero.

El tercero de los motivos se basa en infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr , en relación con el art. 319.3 CP .

1. Para los recurrentes el tribunal de instancia no ha aplicado correctamente el art. 319.3 CP , conforme a doctrina consolidada del TS, puesto que por ejemplo la STS 4573/2012 , admite circunstancias excepcionales para no llevar a cabo la demolición, como forma de reparación de la legalidad alterada. En el caso, sin alterar los hechos probados consta que se han producido dilaciones indebidas muy calificadas que han producido que la tramitación del procedimiento se extienda por espacio de más de 11 años. Y que han transcurrido 7 años, sin que el instructor requiriera fianza a los acusados, que se han declarado insolventes, dando tiempo para que el dinero obtenido de las ventas se haya desviado. Igualmente hay que tener en cuenta que, como se expuso más arriba, la construcción se puede regularizar y el tipo de suelo sobre el que se ha realizado la construcción.

2. Por regla general, como recoge la sentencia de instancia y apunta nuestra STS nº 529/2012, de 21 de junio , " la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción está 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". Y nos sigue diciendo tal resolución que: "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 solo se consagrarían todas las negativas



www.civil-mercantil.com

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".

3. Pues bien, en el supuesto de autos -como explican los jueces a quibus - medió petición expresa de la aplicación del art 319.3 CP y no existen circunstancias que permitan aplicar la excepción, esto es, la no demolición. Así, en los hechos probados se recoge como pudo comprobarse la construcción de dos viviendas unifamiliares aisladas de aproximadamente 100 m² cada una sin la preceptiva licencia municipal -que ni siquiera fue solicitada-. Que tales viviendas se construyeron en suelo no urbanizable de especial protección integral, no siendo legalizables según la reglamentación vigente cuando se construyeron. Consta, igualmente, que por parte de la Gerencia Municipal de Urbanismo se incoó expediente sancionador con orden inmediata de paralización de las obras por Decreto de 28/1/03, orden de la que el acusado hizo caso omiso, a pesar de ser personalmente notificado. Con fecha 28/4/04 se incoó un nuevo expediente sancionador. Finalmente el acusado vendió el 13 de enero de 2004 una de las viviendas al recurrente Abelardo por un precio de 153.300 euros, y la otra a Don. Alfredo y Sagrario en escritura pública de 17/3/2004 por importe de 150.300 euros.

Por tanto ha existido una conducta obstativa y rebelde del sujeto activo del delito a los requerimientos de la Administración, constitutiva de un delito de desobediencia a la Autoridad Administrativa, la construcción estaba fuera de ordenación - al estar radicada en suelo no urbanizable-, no consta sea subsanable, legalizable, o si se quiere, reconducible en el futuro, pues como declaró el perito en el juicio oral, " la situación urbanística al día de hoy permanece igual aunque pudiera llegar a cambiarse en el futuro tras un procedimiento largo que, además, no dependería del Ayuntamiento de Chiclana ". Y, por último, no es argumento impeditivo de la demolición que en la zona donde se realizó la construcción existan numerosas viviendas similares, pues esto sería tanto como convertir un suelo no urbanizable en suelo urbano o urbanizable por la desidia de la Administración incluida la penal.

4. Finalmente tampoco se puede aceptar el argumento esgrimido del paso del tiempo por las razones ya explicadas en la Sentencia recurrida.

Así, la sentencia de instancia, indica que: " Tampoco es obstáculo para la demolición de las viviendas ilegalmente construidas la duración injustificada del procedimiento con invocación de la Sentencia del TEDH de 16/04/2009 en el caso Davaris contra Grecia pues la indebida dilación del procedimiento no ha de tener como consecuencia la no demolición que supone un perjuicio para todas la colectividad, sino la aplicación la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal con sustancial reducción de las penas impuestas. Dándose satisfacción del daño causado a los compradores de las viviendas y terceros de buena fe por otros medios como es la indemnización que acordamos en esta sentencia adoptando las cautelas que se prevén en el artículo 319.3 del Código Penal ."

A ello sólo podría apostillarse, que, como ya dijimos con relación al primero de los motivos de los recurrentes, la aparente insolvencia de los condenados habrá de ser investigada a fondo por el órgano a quo , calibrando, según fuera posible el cumplimiento del pronunciamiento indemnizatorio, el ingreso o no en prisión de los últimos, de acuerdo con las condiciones que para la suspensión de la pena impone el art 8º.1 y 2 CP .



www.civil-mercantil.com

En consecuencia, el motivo también ha de ser desestimado.

Cuarto.

En virtud de lo expuesto procede desestimar el recurso de casación interpuesto tanto por la representación de D. Abelardo , D. Alfredo y D^a Sagrario , haciéndoles imposición de las costas de su respectivo recurso, de acuerdo con las previsiones del art.901 de la LECr .

III. FALLO

Debemos de s estimar y desestimamos los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuestos por la representación de D. Abelardo , D. Alfredo y D^a Sagrario , contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha ocho de septiembre de 2015 , en causa seguida en el Rollo nº 32/2014 por delito contra la ordenación del territorio, y de un delito de estafa en concurso con el de falsedad .

Y les hacemos imposición de las costas ocasionadas por su respectivo recurso. Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Joaquin Gimenez Garcia

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Francisco Monterde Ferrer , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.