



Roj: **SAP B 6550/2016 - ECLI: ES:APB:2016:6550**

Id Cendoj: **08019370102016100424**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **26/07/2016**

Nº de Recurso: **60/2016**

Nº de Resolución: **578/2016**

Procedimiento: **Apelación penal**

Ponente: **CARMEN SANCHEZ-ALBORNOZ BERNABE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMA

ROLLO Nº 60/2016

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 50/2015

JUZGADO DE LO PENAL Nº 2 MANRESA

**SENTENCIA N.º m.**

Ssas. Ilmas.

D.ª. MONTSERRAT COMAS ARGEMIR CENDRA

D.ª. CARMEN SÁNCHEZ ALBORNOZ BERNABÉ

D. BASILIO ALCÓN RAMÍREZ

En la ciudad de Barcelona, a veintiséis de julio de dos mil dieciséis

VISTO, en grado de apelación, ante la Sección Decima de esta Audiencia Provincial, el presente rollo de apelación nº 60/2016, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 50/2015, procedente del Juzgado de lo Penal nº 2 de Manresa, seguidos por un delito contra la ordenación del territorio, contra Carmelo, Fausto y la mercantil Torracs SL; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D.ª Nuria Arnau Solà en nombre y representación de Carmelo e Fausto, y la mercantil Torracs SL, contra la Sentencia dictada en los mismos el día 26 de noviembre de 2015, por el/la Magistrado/a Juez del expresado Juzgado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo condenar y condeno a Carmelo Y Fausto como autores criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el Art. 319.1, 3 y 4 del Código Penal ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de DIECIOCHO MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA DE DOCE MESES con una cuota diaria de 10 euros con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art. 53 del código penal y inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad de la construcción durante dos años a cada uno de ellos, así como a una tercera parte de las costas del procedimiento a cada uno de los acusados.



Y debo condenar y condeno a la entidad mercantil acusada TORRACS, S.L como penalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en el art. 319.1 , 3 y 4 del código penal a la pena de 18 meses de multa con una cuota diaria de 8 euros y una tercera parte de las costas.

Y de conformidad con lo dispuesto en el art. 319.3 del código penal condeno a los acusados a la demolición a su costa de la edificación descrita en el Hecho Probado Unico apartado d) y e), lo cual deberá suponer retornar la realidad física alterada a su estado anterior a la ejecución de las obras".

SEGUNDO.- Admitido el recurso y de conformidad con lo establecido en el artículo 795.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se ha presentado escrito de impugnación por el Ministerio Fiscal solicitando la confirmación de la Sentencia y se elevaron los autos originales a esta Superioridad, donde tuvieron entrada el día 15 de marzo de 2016, tramitándose el recurso conforme a Derecho, habiéndose señalado para la deliberación, votación y fallo el día 17 de mayo de 2016, sin haberse celebrado vista pública al no haberla solicitado la parte ni estimarla necesaria el Tribunal.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. CARMEN SÁNCHEZ ALBORNOZ BERNABÉ.

## HECHOS PROBADOS

SE ACEPTA el relato de hechos probados de la Sentencia apelada, que se mantienen con excepción de la fecha de construcción del edificio que se fija entre agosto de 2008 y noviembre de 2011.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se alza la pretensión impugnatoria alegándose los siguientes motivos: 1) reflexiones previas que concluyen en la penalización indebida de una infracción administrativa, 2) Quebrantamiento de formas y cuestiones procesales, existencia de cuestión prejudicial administrativa, artículo 4 Lecrim , 3) quebrantamiento de normas y garantías procesales, vulneración del derecho a la prueba e indefensión, 4) errores de bulto y confusión en los hechos probados y en la valoración de los hechos probados que se recogen en el fundamento de derecho segundo, 5) inexistencia de infracción de la normativa urbanística, 6) falta de concurrencia de elementos subjetivos del tipo, 7) error en la determinación del marco normativo de aplicación. Aplicación del marco penal anterior, además de resultar más favorable al reo, ex art. 2.2. CP , 8) Vulneración de los artículos 27 CP y 28 CE respecto a la autoría de la sociedad Torracs SL, 9) Vulneración del artículo 27 CP en relación con la autoría de Fausto y Carmelo , 10) Proporcionalidad de las penas impuestas, 11) ilegalidad e incongruencia de la orden de demolición de la total edificación.

SEGUNDO. El amplio recuso establecido se inicia con unas reflexiones previas, algunas de contenido histórico que ningún interés tiene para la resolución del recurso, con excepción de los siguientes apartados.

Respecto a la reflexión 5, de la que también se hace eco el representante del Ministerio Fiscal, no podemos aplicar el principio de igualdad alegado en relación a una sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Manresa, pues la alegación de este procedimiento se hace para destacar lo que el recurrente considera una dureza sancionadora que estima improcedente. Pretensión que no puede tener acogida pues la dureza sancionadora es inexistente, ya que el artículo 319.1 CP - redacción LO 5/2010- tiene fijada una pena mínima de un año y seis meses de prisión, por lo que difícilmente podemos hablar de exacerbación punitiva cuando la pena ha sido impuesta en el mínimo legal. Respecto a la vulneración del principio de igualdad, debe ser desestimada, pues como la STS 797/2015, de 24 de noviembre , establece: "El Tribunal Constitucional ha reiterado que el reconocimiento de la lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige, en primer lugar, la acreditación de un "tertium comparationis", ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria.

En segundo lugar, también se precisa la identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la ley. Igualmente, es necesaria la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de "la referencia a otro" exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

Por último, además, se exige que el tratamiento desigual se concrete en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, respondiendo así a una



ratio decidendi sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia; concluyendo que lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (por todas, STC 105/2009, de 4 de mayo, FJ 4)."

Es evidente que no se aportan datos suficientes para entrar en el análisis de la vulneración alegada.

Una última referencia a los tres últimos apartados previos, en los que el redactor del recurso entra en enfrentamiento personal con el representante del Ministerio Fiscal, conducta que no se entiende ni justifica, y que de hecho desacredita a quien utiliza dicha dialéctica para evidenciar su enfado con la pretensión fiscal efectuando juegos de palabras con el nombre propio del representante del Ministerio Fiscal y quedando así al margen del respeto procesal y del buen hacer general de los operadores jurídicos. En todo caso, será el propio representante del Ministerio Fiscal quien decida si quiere interponer queja ante el Colegio de Abogados correspondiente respecto al ataque directo a su persona, dirigiéndose para ello al Juzgado de lo Penal de Manresa donde se presentó el escrito y sin que este Tribunal tenga nada que oponer a la formulación de dicha queja a efectos disciplinarios.

En último lugar, referir que la competencia de los Juzgados de lo Penal, de la que disiente el recurrente, no es capricho de los órganos judiciales sino que es decisión democrática expresada a través de la LOPJ aprobada por el Parlamento Español; por ello, si el recurrente no comparte dicha Ley podrá dirigirse a los órganos parlamentarios correspondientes.

TERCERO. Entrando ya en el análisis del recurso, el apartado segundo alega quebrantamiento de forma y garantías procesales, por la existencia de una cuestión de prejudicialidad administrativa, al amparo del artículo 4.4 Lecrim, lo que hubiera conllevado la suspensión del juicio oral hasta tanto se pronunciaran los órganos administrativos sobre si existe o ni infracción administrativa.

La cuestión no puede prosperar: la Sra. Juez de lo Penal resolvió la cuestión previa planteada con fundamento en los artículos 8 y 3 Lecrim y 10.1 LOPJ. Como afirma la STS 23-3-2006, "la regla contenida en el párrafo primero del artículo 10 de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el artículo 4 de la decimonónica. Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del derecho penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, etc. Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. El citado artículo 10.1 de la LOPJ atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. Esta sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento (efecto devolutivo) para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional. Esta regla viene avalada por el reconocimiento del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso ante otro orden jurisdiccional".

En igual sentido la STS 1067/2006 de 17 de octubre, "conceder una inadecuada preeminencia a la resolución de la jurisdicción contencioso-administrativa utilizándola como un obstáculo, casi insalvable, para la aplicación de las normas penales, no responde a los criterios de prejudicialidad que establece nuestro sistema. El artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas establecen la absoluta e indiscutible preeminencia de la jurisdicción penal. No obstante, esta prioridad nunca podrá dar lugar a una doble sanción administrativa y penal y, en el caso de que concurriesen, la administrativa debería ser anulada y dejada sin efecto."

El objeto de este procedimiento es determinar si se construyó en una parcela calificada en el Plan de Ordenación Municipal como suelo no urbanizable de interés paisajístico y, como resalta la Sra. Juez de lo penal, no determinar si la obra podrá, en su caso, ser legalizable en un futuro, cuestión que como veremos



afecta a la aplicación del artículo 319.3 CP, pero no exige el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la existencia o no del delito y de la concurrencia de los elementos del tipo penal. Aunque volveremos sobre dicho procedimiento administrativo, pero desde otra óptica.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO. En relación con el motivo quebrantamiento de normas y garantías procesales, vulneración del derecho a la prueba e indefensión, se alega indefensión y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la inadmisión de dos fotografías que se pretendieron aportar al acto del juicio oral.

La pretensión debe correr igual suerte desestimatoria. No concurrían los requisitos legales para su admisión en segunda instancia, o bien era innecesarios, pues la fotografías hacían referencia a otras construcciones diferentes a la aquí analizada, que es la única que nos interesa al haber descartado la vulneración del principio de igualdad, y el oficio o profesión de los recurrentes para nada afecta a la construcción. No estamos ante un delito perpetrado en el ámbito profesional sino ante un delito contra la ordenación del territorio, lo que no imposibilita constituirse provisionalmente en promotor o constructor de una obra. Denegación que se efectúa partiendo de la aceptación del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba que aparece como inseparable del derecho mismo a la defensa, que como establece la STS 771/2010 de 23 de septiembre, no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del TC y del TS, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas «rechazando las demás»

El conflicto debe resolverse aplicando los criterios de pertinencia y relevancia de la pruebas solicitadas. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia ( STS. 136/2000 de 31.1 ).

QUINTO. En cuarto lugar se alega errores de bulto y confusión en los hechos probados y en la valoración de los hechos probados que se recogen en el fundamento de derecho segundo.

Bajo esta rúbrica realmente se alega error en la valoración de la prueba, por considerar que no se han atendido las manifestaciones efectuadas pro los recurrentes, en relación a la existencia de una edificación previa, sobre la que se efectuaron las obras objeto de este procedimiento, y que la construcción o reconstrucción se inicio en el año 2002 y no en 2010, como sitúa temporalmente el Ministerio fiscal la perpetración del delito.

En el análisis de esta alegación debemos partir del análisis del proceso de valoración de la prueba, que efectúa la STS 248/2015 de 21 de abril, cuando establece "Pues bien, sin lugar a dudas el control del razonamiento del Tribunal ante el que se produjo la prueba debe formar parte del control casacional para verificar la razonabilidad de los argumentos en base a los cuales se alzaprima una versión sobre la otra, y de esta manera se logra la efectividad de la interdicción de la arbitrariedad en la que la casación encuentra una de las razones de ser.

En definitiva, el porqué se cree a un testigo o porqué se descarta su testimonio ya no puede convertirse en un ejercicio de decisionismo judicial no controlable con la excusa de la indemnización judicial. Hay un derecho a conocer las razones del Tribunal que valoró la prueba y por tanto al control de los procesos de la toma de posición, lo que equivale a la obligación del Tribunal de justificar –y justificarse– respecto de la decisión adoptada. En tal sentido, entre otras muchas, SSTS 90/2007 ; 227/2007 ; 426/2009 ; 683/2013 ; 709/2013 ; 663/2013 ó 343/2014 .

Desde esta doctrina, verificamos que la sra. Juez de lo Penal ha valorado todas las pruebas, y alcanza la conclusión de que los acusados realizaron las obras en fecha no procesal del año 2010 que fueron paralizadas por el Ayuntamiento de Cercs en noviembre de 2011. Igualmente se afirma que la construcción es totalmente nueva, está inacabada y tiene unas dimensiones que exceden a las contenidas en el artículo 135 de las normas del Plan de Ordenación.

El razonamiento valorativo expuesto por la Sra Juez de lo Penal es claro, y partiendo de la declaración de los acusados, lo cierto es que da mayor credibilidad a las manifestaciones de la Arquitecta Municipal sra. Candida, quien realizó la visita de la obra en cuestión y pudo constatar que se trataba de una "construcción nueva de la que no se pidió licencia de obras". En igual sentido declararon los agentes de la Guardia Civil, afirmando que era obra con materiales nuevos y que estaba inacabada.

En los folios 19 y 20 constan ortofotos hechas desde el aire, en 2005, 2007, y 2008, observándose que la zona en la que posteriormente se ubica la construcción objeto de este procedimiento no existía. Fotografías estas que fueron aportadas por la Guardia Civil y que les fueron suministradas por el Instituto Nacional de



Cartografía. Frente a dicha prueba, que evidencia que en el lugar donde se ubica la construcción objeto de este procedimiento en agosto del año 2008 nada existía, difícilmente puede sostenerse que se trata de la reconstrucción de una caseta destinada a usos agrícolas o de trabajos de servicio de la presa. Donde nada existía, hay ahora una construcción de grandes dimensiones, como evidencian las fotografías de los folios 23 a 27. Nueva construcción que no puede confundirse con la masía Miralles y sus anexos, o con otras construcciones en la partida Baells pues la obra objeto de este procedimiento es totalmente nueva.

Respecto a la fecha de realización de las obras, debemos admitir que en agosto de 2008 las obras, al no existir construcción ni indicios de la misma en las fotografías aportadas, no habían comenzado, por lo que a falta de otra prueba debemos colegir que se efectuaron con posterioridad y no podemos obviar que en noviembre de 2011, cuando se paraliza la obra, todavía se realizaba la construcción.

La construcción la ubicamos en el periodo comprendido entre agosto de 2008 y noviembre de 2011, cuestión importantísima pues en esas fechas ya estaba en vigor el Plan General de Ordenación publicado en el DOGC del 23 de enero de 2007 y, por tanto, dicha parcela tenía la calificación de suelo no urbanizable considerada como suelo de interés natural, paisajístico y forestal, por lo que le era de aplicación el artículo 135 del Plan de ordenación.

Hechos que los acusados conocían, pues efectivamente pretendieron que figurara como una edificación ya existente y por dicho motivo presentaron el escrito obrante al folio 223 de las actuaciones. Escrito que tenía por finalidad que les reconocieran la edificaciones existentes en la parcela, pero en otra zona, y las incluyeran en el apartado de edificación del inventario de masías y casas rurales.

Vemos pues que estamos ante una construcción nueva, pues no consta acreditada su existencia previa a agosto de 2008, y que, además, en todo caso, excedería con mucho las dimensiones permitidas por el artículo 135 del Plan de ordenación. Realmente estamos ante una casa unifamiliar de ciertas dimensiones, con dos plantas y respecto a la que poco hay que añadir a la vista de las fotografías aportadas y las dimensiones de la edificación. No es una obra de mantenimiento, es una nueva construcción.

De otra parte recordar que no se trata de analizar aquí si se construyó o no con licencia administrativa, no estamos ante una infracción administrativa sino ante una infracción urbanística, pues lo esencial es determinar si era o no posible construir en dicha parcela, precisamente por la nueva calificación del suelo efectuada por el Plan de Ordenación.

Por último, la fecha de la construcción no puede concretarse, aunque tenemos la certeza y acreditación de que es posterior a agosto de 2008, ya que en esa fecha era inexistente y cuando fue paralizada estaba como en noviembre de 2011, esto es el edificio había cubierto aguas pero estaba inacabado, y se trata de una obra permanente adherida al suelo y sin posibilidad de traslado; no es algo móvil o desmontable o transportable, sino que es una construcción permanente y fija. Es una obra no insignificante, con vocación de ser utilizada con los elementos constructivos, estéticos y de habitabilidad para considerarlo "edificio" e incluso "vivienda", como efectivamente pretendían los acusados, pues pensaban destinarlo a ese uso de vivienda familiar.

Respecto a los informes periciales prestados por el Arquitecto sr. Mateo, difícilmente podemos aceptar su afirmación, pues reiteramos que en las ortografías de agosto de 2008 la edificación es inexistente. Además añadir que cualquier urbanización nueva tiene viviendas unifamiliares, de nueva y reciente construcción, con obra cubierta a dos aguas, zona porchada en el perímetro de uno de sus laterales y en su parte frontal y trabajado de aplacado de fachada. No entendemos qué argumento de esta exposición permite a dicho perito afirmar que no se trata de una obra nueva y reciente, sobre todo cuando la parte recurrente que alega este extremo no ha interesado la realización de estudio alguno sobre la existencia de una cimentación previa.

Respecto a si la obra es o no legalizable, hemos de partir de su imposibilidad salvo, como afirmó la Arquitecta del Ayuntamiento de Cercs, que se apruebe en plan especial; por consiguiente, en principio la obra no es autorizable por vía administrativa normal. Estamos ante una infracción urbanística que tendría la naturaleza de "no Autorizable" si adolece de irregularidades tan graves y escandalosas que ni siquiera cabe la posibilidad de una posterior subsanación ni legalización, ni autorización ni convalidación aunque se pida licencia, o dicha "legalización" sería remota, futura e incierta.

En este contexto hay diferentes interpretaciones y así la SAP Sevilla 25-5-07 afirma que "no se puede admitir que el carácter de autorizable de la edificación resultaría de la "posibilidad racional de legalización de la obra", en referencia a una eventual modificación "a posteriori" de las normas de planeamiento vigentes. No cabe tampoco desconectar la legalidad urbanística de una edificación en suelo no urbanizable, del uso que se pretenda dar a la misma". Sería éste el supuesto aplicable, pues según lo dicho la autorización de la obra exige un Plan Especial y un cambio de normativa urbanística para este caso concreto.

No identificamos error en la valoración de la prueba, lo que conlleva la desestimación del motivo.



SEXTO. El siguiente motivo está referido a inexistencia de infracción de la normativa urbanística.

La pretensión no puede prosperar, es claro y evidente que la edificación objeto de este procedimiento vulnera la normativa urbanística, vigente en este momento, debiendo remitirnos a lo dicho en orden a la consideración de la obra realizada y su calificación como no autorizable.

Insistimos en que no se trata de una reconstrucción o mejora de un edificio anterior, sino de una nueva construcción, inexistente en agosto de 2008 y que infringe frontalmente la normativa urbanística contenida en el POUM.

SÉPTIMO. Falta de concurrencia del elemento subjetivo. Poco o nada podemos añadir a la falta de licencia; la construcción clandestina del edificio y la pretensión de que posteriormente fuera considerada como una masía ya existente - folio 223 de las actuaciones- evidencian un claro conocimiento de la ilicitud de la construcción y de la conciencia que de ello tenían todos los intervinientes.

Recordar que el elemento subjetivo como elemento interno del delito es menester acreditarlo por vía indiciaria y aquí hemos dado una serie de hechos base perfectamente probados que permiten inferir, sin duda de tipo alguno, el conocimiento de la realidad urbanística de la parcela por parte de los acusados, y la construcción del edificio de forma indebida y haciendo caso omiso de la normativa urbanística vigente en el momento de los hechos y que era específicamente aplicable a dicha parcela.

El motivo debe ser desestimado de plano

OCTAVO. Respecto a la tipicidad, se alega error en el marco normativo y la aplicación temporal de la norma penal, pretensión que debe prosperar pues ciertamente los hechos probados evidencian que la construcción se realiza en el curso del año 2010, y la LO 5/2010 de 22 de junio entró en vigor el día 23 de diciembre de 2010. Por lo tanto, en un discurso lógico y razonable, hemos de colegir que la obra se inició antes de la entrada en vigor de dicha LO 5/2010 y por ello es de aplicación la normativa anterior y vigente hasta la entrada en vigor, que contiene normas más beneficiosas, y además impedir la condena de la persona jurídica Torracs SL, toda vez que en la responsabilidad de la persona jurídica se tipifica por vez primera en la citada LO 5/2010, sin perjuicio de responder, en caso de ser necesario, como responsable civil subsidiario de los gastos y responsabilidad civil que puedan generarse derivados de la demolición de la obra, que analizaremos en un momento posterior.

En este punto debemos considerar que el delito se consumó cuando se decide construir y se inicia la construcción, entre agosto de 2008 y 2010, y por tanto la continuación de la construcción es un acto de ejecución al que le son de aplicación dos marcos normativos, y el más beneficioso es el anterior a 23 de diciembre de 2010.

Consecuencia de lo expuesto es también la modificación del tipo penal por el que se sanciona, por aplicación de la norma más favorable que debe ser el artículo 319. 1 y 3 CP vigente antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010 de 22 de junio, fijando las penas a imponer en su nivel mínimo, como fueron impuestas por la Sra. Juez de lo Penal, manteniendo las misma cuota de multa, y ajustando las penas privativas de derecho, en concreto la de prohibición especial para el ejercicio de la profesión de construcción por seis meses, al aplicarse el artículo 56.1.3ª CP aplicable a los hechos.

NOVENA. Respecto a la declaración de responsabilidad criminal de la entidad Torracs SL debemos remitirnos a lo ya dicho, y respecto a dicha persona jurídica se le debe absolver por las razones expuestas, pues la capacidad de responsabilidad criminal hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010 de 22 de junio era inexistente, sin perjuicio de la responsabilidad civil subsidiaria que se fije.

DÉCIMA. Cuestión distinta es la autoría de los sres. Fausto y Carmelo, pues ambos deben responder penalmente de dicho precepto. Como afirma el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, el propio sr. Fausto es el responsable de la construcción por lo que su autoría es clara y evidente, sin que pueda alegarse desconocimiento de la normativa por las razones ya expuestas en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución. Añadir que la casa estaba destinada a ser su vivienda familiar y por ello la construyó, con las irregularidades insubsanables ya dichas. Añadir también que no puede alegarse el desconocimiento de la normativa urbanística pues precisamente por conocer dicha normativa obvió la realización de una construcción legal, con proyecto visado por el Colegio de Arquitectos y entregado en el Ayuntamiento para obtener la licencia urbanística para construir. Actuación valorable con el hecho de que efectuó una importante inversión económica en una construcción totalmente clandestina y al margen de la legalidad vigente.

Respecto al sr. Carmelo, era el administrador de la entidad Torracs S y no pudo quedar al margen de la cesión del terreno para la construcción de dicha obra ilegal, que iba a disfrutar su hija, quien es la mujer del sr. Fausto. La tesis planteada supone que la casa apareció de forma sorpresiva y sin ellos imaginarlo resultó ilegal, pero



la situación real fue muy distinta, remitiéndonos nuevamente a lo ya dicho. Ambos recurrentes actuaron de consuno y ambos deben responder penalmente.

DÉCIMO. En relación a la proporcionalidad de la pena, con la aplicación de la pena mínima legalmente establecida difícilmente puede incurrirse en desproporción. El motivo debe ser descartado.

UNDÉCIMO. Resta por último analizar la aplicación del artículo 319.3 CP en el momento de iniciarse la construcción entre agosto de 2008 y 23 de diciembre de 2010.

Dicho precepto establece: "En cualquier caso, los Jueces o los 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 demolición de la obra, según ya dijimos en este Tribunal en Rollo de apelación 213/2014, como medida de restitución en el ámbito de la responsabilidad civil es una opción potestativa -no preceptiva- del Juzgador. Efectivamente, tal y como mantiene el Ministerio Fiscal, la jurisprudencia de la Sala II del TS ha venido delimitando unos criterios relevantes. La STS 529/2012 de 21 de Junio señala que la demolición de la obra o reposición a su estado originario la realidad física alterada son medidas que poseen un carácter civil más que penal, a fin de restaurar la legalidad y de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del delito. Por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sea legalizable o subsanable 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. De esta forma, en el FD cuarto se resume lo expuesto "...Entendemos que, por regla general, no cabe otra forma de reparación de la legalidad alterada que la demolición de lo irregularmente construido, de modo que habrán de ser, en su caso, circunstancias excepcionales las que puedan llevar al tribunal a ejercer la facultad que se le atribuye en este apartado 3 art. 319 CP, en el sentido de no acordar la demolición, no para acordarla. De este modo, la demolición específicamente contemplada en este precepto equivaldría a la reparación del daño mediante la imposición de una obligación de hacer prevista con carácter general en el art. 112 CP. De lo contrario, la intervención penal llevaría consigo, de modo paradójico, la consagración física del resultado del delito, sin posibilidad ulterior de reparación".

En este caso, alegada la desproporción de la respuesta penal, la demolición de la obra nueva construida ha sido planteada en vía administrativa y, como resaltó la Arquitecta Municipal del Ayuntamiento de Cercs responsable su autorización, por vía de la aprobación de un Plan Especial. En un inicio, la respuesta de la administración ha sido negativa, pero dicha resolución impugnada en vía contencioso-administrativa, lo que motivó la necesidad de considerar que la demolición debe ser la consecuencia proporcional a los hechos.

Por dicho motivo, al ser el bien jurídico afectado el descrito en el apartado primero y no el segundo del art. 319 CP -carácter no urbanizable por el valor agrícola o paisajístico-, ningún problema hay para esperar a la decisión administrativa final, pues es factible que la no demolición sea la respuesta adecuada para el caso de que finalmente dicho organismo sí autorizara la edificación realizada.

Y para ello, al igual que ya hemos acordado en otros casos, debemos acudir al artículo 115 del CP, que nos brinda un instrumento coherente con este planteamiento, cual es el de diferir a la ejecución de la sentencia la decisión de dicho extremo, es decir, cuando exista la resolución administrativa firme antes aludida. A tales efectos deberá instarse a dicho organismo para que remita al Juzgado certificación de la sentencia que en vía contencioso-administrativa recaiga.

Las costas procesales causadas en esta instancia deben ser declaradas de oficio.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Nuria Arnau Sola, en nombre y representación de Carmelo e Fausto, y la mercantil Torrats SL, contra la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2016, dictada por el/la Magistrado/a Juez del Juzgado de lo Penal nº 2 de Manresa, en el Procedimiento Abreviado nº 50/2015 de dicho Juzgado; y en consecuencia REVOCAMOS PARCIALMENTE DICHA RESOLUCIÓN, en los siguientes extremos:

Modificamos la calificación jurídica de los hechos, y los declaramos constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio, en su redactado en el texto penal vigente antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010 de 22 de junio, ya definido.



Dejamos sin efecto la condena de la entidad TORRACS SL y en su lugar absolvemos a dicha mercantil como criminalmente responsable del delito contra al ordenación del territorio por el que venía siendo acusada. Se declara de oficio la tercera parte de las costas procesales causadas en primera instancia.

Dejamos sin efecto las penas impuestas a Fausto y a Carmelo y en su lugar imponemos, a cada uno de ellos, las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, MULTA DE DOCE MESES con cuotas diarias de diez euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad de construcción durante seis meses a cada uno de ellos.

Diferimos para ejecución de sentencia la resolución sobre la demolición de la obras referida en los hechos probados de la sentencia, que deber resolverse a la vista de la sentencia firme que se dicte en la jurisdicción contencioso administrativa.

En caso de acordarse la demolición de la obra, será a costa de los condenados penalmente, quienes deberán restituir la obra a su estado anterior a agosto de 2008, y se declara respecto de los gastos que puedan originarse en esa demolición la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Torracs SL.

Se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente no cabe interponer recurso ordinario alguno. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Penal de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo, fallamos y firmamos en el lugar y fecha indicados.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada en el mismo día de su fecha, por la Ilma, Sra. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.

-