

## Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 21 Jun. 2012, rec. 2261/2011

**Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón.**

**Nº de sentencia: 529/2012**

**Nº de recurso: 2261/2011**

**Jurisdicción: PENAL**

### LA LEY 91097/2012

DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. Bien jurídico protegido. Construcción de vivienda unifamiliar de unos 142,33 metros cuadrados sin la preceptiva licencia municipal, estando enclavada en terreno clasificado como suelo no urbanizable en el Plan General de Ordenación de la localidad. La construcción no era legalizable según la reglamentación vigente cuando se construyó, ni actualmente. Conducta obstativa y rebelde del acusado a los requerimientos de la Administración, constitutiva de un delito de desobediencia a la Autoridad Administrativa. **DEMOLICIÓN**. Naturaleza de la medida, potestativa para los jueces. Criterios para su adopción: gravedad del hecho y naturaleza de la construcción. Por regla general, la **demolición** deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción de la obra 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. En el caso, se acuerda la medida en segunda sentencia. No es argumento impeditivo de la **demolición** que en la zona donde se realizó la construcción existan numerosas viviendas similares.

*El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP Cádiz que condenó a la acusada como autora de un delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2 CP, de un delito de desobediencia y de un delito intentado de estafa, casa y revoca la misma en el único sentido de acordar también la **demolición** de la vivienda unifamiliar objeto del presente procedimiento.*

### Texto

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Junio de dos mil doce.

#### **SENTENCIA**

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia de fecha 21

de julio de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta , en el Procedimiento Abreviado número 45/2010, dimanante de las Diligencias Previas número 744/2005 del Juzgado Mixto nº 2 del Puerto de Santa María, que condenaba a las acusada Leonor como autora penalmente de un delito contra la ordenación del territorio; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte los recurridos Leonor , representada por el Procurador D. Francisco Fernández Rosa y defendida por la Letrado D.Jesús Salido Valle, y Avelino , representado por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, y defendido por el Letrado D. José Antonio González Terriza.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO)** El Juzgado Mixto número 2 de El Puerto de Santa María siguió las Diligencias Previas número 744/2005 por delito de ordenación al territorio contra Leonor y, una vez concluso, lo elevó a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4ª, que, en el Procedimiento Abreviado número 45/2010, dictó Sentencia de fecha 21/7/2011 , cuyos hechos probados son del siguiente tenor literal:

### **HECHOS PROBADOS**

*"UNICO.- En fechas no determinadas comprendidas entre el día 10 de febrero de 2005 y junio de 2005 Leonor , mayor de edad y sin antecedentes penales, promovió como administradora y representante de la entidad mercantil FOR-PRO-AN. S.L., la construcción en una parcela sita en la carretera de Sanlúcar cerca de la Venta "El Pájaro" del municipio gaditano de El Puerto de Santa María, de una vivienda unifamiliar de unos 142,33 metros cuadrados, sin la preceptiva licencia municipal. La referida vivienda está enclavada en terreno clasificado como suelo no urbanizable en el Plan General de Ordenación de la citada localidad vigente durante el año 2005, clasificación que impedía la construcción de dicha vivienda de lo que era consciente Leonor , no siendo legalizable según la reglamentación vigente cuando se construyó ni actualmente. En la zona donde se realizó la construcción existen numerosas viviendas similares.*

*El Área de Urbanismo de dicho Ayuntamiento incoó por ello el Expediente de Protección y Restauración de la legalidad Urbanística nº NUM000 en el cual se decretó el 12 de mayo de 2005 la inmediata suspensión de las obras de construcción que se venían llevando a cabo en la misma, siéndole notificado a Leonor el día 25 de mayo de 2005, y el precinto de la vivienda, que se llevó a cabo el día 31 de mayo de 2005. No obstante lo anterior, Leonor con conocimiento de la orden de suspensión y precinto de las obras mantuvo las órdenes dadas relativas a la construcción de la vivienda, de forma que entre los días 31 de mayo y 7 de junio de 2005 varios operarios realizaron los trabajos de construcción en el interior de dicha vivienda que había encargado.*

Leonor a sabiendas del expediente administrativo incoado por el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María y del Decreto de Alcaldía de 12 de mayo de 2005 por el que se le ordenaba la inmediata suspensión de las obras

de construcción de la vivienda y del precinto sobre la vivienda en construcción, el día 16 de septiembre de 2005, vendió la referida parcela con la vivienda finalizada a Avelino a través de escritura pública notarial de compraventa, ascendiendo el precio de la venta a 90.151,82 euros que le fue abonado por el comprador. Para llevar a cabo dicha compraventa Leonor ocultó a Avelino la existencia del citado expediente, no habiendo el mismo realizado la compraventa de haber conocido dicho expediente y las órdenes de suspensión de la obra y el precinto.

*Ya concertada la compraventa, con fecha 22 de septiembre de 2005 el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María notifica a Leonor el Decreto de la Alcaldía de fecha 12 de septiembre de 2005 por el que se acordaba: 1º Ordenar a la misma la **demolición** de las obras de construcción de la vivienda; 2º Concederle un plazo de 30 días para el cumplimiento del derribo. Leonor no informó de ello a Juan e interpuso el 25 de octubre de 2005 recurso de reposición contra dicho Decreto que fue desestimado.*

*La presente causa, que se inició en junio del año 2005, estuvo paralizada desde noviembre de 2007 en que conforme a lo solicitado por M<sup>a</sup> Fiscal se ofició a la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía, a fin de que remitiese informe con arreglo a la ortofotografía digital de Andalucía hasta febrero de 2009 en que se recibió".*

Segundo.- La Audiencia de instancia, en la citad Sentencia, dictó el siguiente Fallo:

### **FALLO**

*"Condenamos a Leonor, como autora penalmente responsable de un delito CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, DOCE MESES DE MULTA, con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas, y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN ESPECIAL para toda profesión u oficio relacionado con la construcción; como autora de un delito de DESOBEDIENCIA ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y como autora de un delito de ESTAFA intentado agravado por la cuantía de la defraudación, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y MULTA DE TRES MESES con una cuota diaria de 6 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas.*

*Así mismo se le impone el pago de las costas causadas en el presente procedimiento incluidas la de la acusación particular"(sic).*

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por EL MINISTERIO FISCAL que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso; por diligencias de

ordenación de fecha 23 de noviembre de 2011 y 9 de diciembre de 2001, se tuvieron por personadas y partes a los recurridas Avelino Leonor , respectivamente.

Cuarto.-El recurso de casación interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL basa su recurso de casación por Infracción de Ley en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

#### **RECURSO INTERPUESTO POR EL FISCAL.**

##### **MOTIVOS:**

Único.-Por infracción de Ley del nº 1 del art. 849 de la LEcr por indebida inaplicación del art. 319.3 del CP .

Quinto.-Instruidas las partes recurridas del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, lo impugnaron; la Sala admitió el recurso; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.-Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la deliberación prevenida el día catorce de junio de dos mil doce.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **RECURSO MINISTERIO FISCAL**

**PRIMERO)** El Ministerio Fiscal recurre la sentencia dictada por la Audiencia Provincial Sección 4 de Cádiz, que condenó a Leonor como autora de un delito contra la ordenación del territorio del art. 319-2 CP , **de un delito de desobediencia y de un delito intentado de estafa, por inaplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 319, infracción de Ley art. 849.1 LECrim, para que acuerde la demolición de lo construido.**

La pretensión del MF es doble en el sentido de que esta Sala se pronuncie sobre el alcance de dicho precepto y que se declare que en el caso concreto no concurren las razones marcadamente excepcionales que justifiquen la no adopción de la **demolición**.

Por ello no comparte la motivación de la sentencia impugnada que deniega acordar la **demolición** solicitada por el MF en base al principio de proporcionalidad en relación con el bien jurídico protegido por el delito del art. 319 y la existencia de muchas viviendas en la zona.

Considera el MF que para que pudiera operar el principio de proporcionalidad invocado sería preciso que aparecieran de forma contundente las circunstancias que la Sala 3ª TS define como "marcadamente excepcionales" y que no pueden identificarse con encontrarse la construcción en una zona donde existen numerosas viviendas unifamiliares que son por cierto de los vecinos, cita en su apoyo un borrador de la Fiscalía General del Estado - actual n. 7/2011 - que considera a la **demolición** como una medida que tiene por objeto la reparación de la legalidad infringida, incardinándose, en consecuencia, dentro de la responsabilidad civil derivada del delito, arts. 109 y ss CP , con la repercusión práctica que pudiera tener como requisito para conceder la suspensión condicional de la condena.

Y subraya también como la mayoría de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales insisten en que la **demolición** debe ser la regla general como única medida posible para restaurar el daño causado al bien jurídico protegido, porque de otra forma se perpetuaría el daño causado sin solución - así se infiere del nuevo contenido del art. 339 CP - y se favorecería la sensación de impunidad que provoca la ineficacia de la prevención general a que debe dar lugar una condena por delitos contra la ordenación del territorio.

Por último cuestiona la posibilidad de la suspensión de la **demolición** de la condena en sentencia por existir en la zona otras edificaciones contra las que no se ha acordado, habiéndose producido por lo tanto, una urbanización consolidada, planteándose su posible legalización futura.

**SEGUNDO)** Para la adecuada resolución del recurso conviene recordar que la disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la administración. En el urbanismo se encierra nada más y menos, que el equilibrio de los ciudades y de los núcleos de población en general y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al "habitat" de cada uno, que sin dejar de ser titular, de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. Con el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan.

Por ello el bien jurídico protegido en los delitos de urbanismo es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. De ahí que la STS 363/2006 de 28.3 precise que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la "normativa" sobre la ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia en el art. 319 y a la prevaricación administrativa, en el art. 320, sino que así como en el delito ecológico (art. 325) no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el delito "urbanístico" no se tutela la normativa urbanística - un valor formal o meramente instrumental - sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del

medio orientada a los intereses generales" (arts. 45 y 47 CE), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados "intereses difusos", pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica - en mayor o menor medida - a toda una colectividad. Su protección - entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de la intervención de los Poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social democrático de derecho que consagra nuestra Constitución.

**TERCERO)** La **demolición** de la obra o reposición a su estado originario a la realidad física alterada son medidas que poseen un carácter civil más que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio.

Según la doctrina mayoritaria se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP . Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística: No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el C:P., y debe evitarse la creación de penas en los delitos de la parte especial - Libro II - que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la parte General - Libro I- ni se puede considerar como responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario. Esta consideración de la **demolición** como consecuencia jurídica del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal.

El texto literal del apartado 3 del art. 319 en el que se dice que los jueces y tribunales "podrán" acordar, a cargo del autor del hecho, la **demolición** de la obra, ha hecho surgir dudas y respuestas discrepantes. Existen órganos judiciales que consideran que la expresión "podrán", lo que abre es una facultad excepcional, una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que redundaría no solo en ese carácter discrecional sino incluso en lo excepcional de la adopción de la medida. Sin embargo, ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad con excepcionalidad.

En efecto es cierto que el precepto que analizamos establece la **demolición** de forma no imperativa ni el tenor literal del art. 319.3 vigente al momento de los hechos, ni la redacción actual del mismo, operada tras la entrada en vigor de la L.O. 5/2010 , permiten afirmar que la **demolición** de lo construido sea la consecuencia obligada, necesaria e ineludible de la comisión de un ilícito de esta naturaleza. El "En cualquier caso..." con el que se inicia la redacción del artículo

puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado - "podrán" - sólo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador menciona "en cualquier caso" se está refiriendo a que tanto los supuestos a los que se refiere el núm. 1º del precepto como los del núm. 2º, cabe la posibilidad de la **demolición**... Esto es, con independencia de las calificaciones de los suelos sobre los que se hayan realizado las construcciones o edificaciones cabe la posibilidad de acordarla, siempre motivadamente. Pero si el texto insiste en exigir lo que de por sí es mandato constitucional de cualquier decisión judicial, esto es, que se motive, lo hace porque estima que el automatismo no cabe en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista el delito, pero no puede sostenerse que solo cuando concorra una especial motivación podrá acordarse la **demolición**, bastando recordar para ello, que aunque no lo diga la norma expresamente, es obvio que el tribunal penal deberá también motivar cuando deniegue la solicitud formulada en tal sentido, por alguna de las partes legítimas en el proceso.

Por ello como quiera que el art. 319.3 no señala criterio alguno, en la práctica 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 la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad de 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 este modo, en principio podría estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado, sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador que es quien incumbe mediante la fijación en los tipos y las penas, cuáles caben ser los límites de la intervención del derecho penal - ni tampoco al de proporcionalidad - pues siempre será proporcionado acordar la **demolición** cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado-; tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa tal **demolición**; lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal, cual es la histórica ineficacia a la administración para proteger adecuadamente

ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio.

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 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.

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 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.

**CUARTO)** Llegados a este punto hemos de tener en cuenta cuál es la consecuencia que el ordenamiento jurídico, en su conjunto, contempla cuando se ha conculcado la legalidad urbanística. La respuesta la da, en Andalucía, el art. 183 de la Ley 7/2002 de 17.12, de Ordenación Urbanística de Andalucía . Según esta norma, procederá la reposición de la realidad física alterada cuando las obras realizadas sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística.

También procederá cuando se haya denegado la legalización o cuando ésta sea improcedente por ser actos contrarios a la legislación y ordenación urbanística de ejecución. Finalmente se concluye que la reposición de la legalidad física alterada incluirá la **demolición** (o, en su caso, la reconstrucción), para que tal realidad física vuelva al estado inmediatamente anterior a la intervención ilegal.

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 el supuesto de autos medió petición expresa, de consideración aplicativa del art. 319.3 CP y no existen circunstancias que permitan aplicar la excepción; esto es, la no **demolición**. Así en los hechos probados lo recoge como la vivienda unifamiliar construida en 142'33 metros cuadrados sin la preceptiva licencia municipal, -que ni siquiera fue solicitada, está enclavado en terreno clasificado como suelo no urbanizable en el Plan General de Ordenación del Puerto de Santa María vigente durante el año 2005, no siendo legalizable según la reglamentación vigente cuando se construyó ni actualmente. Consta asimismo que por el Area de Urbanismo del Ayuntamiento se incoó Expediente de Protección y Restauración de la Legalidad Urbanística n. NUM000 en el que recayeron Decreto de Alcaldía de 12-5-2005 por el que se ordenaba la inmediata suspensión de las obras de construcción y el precinto de las mismas, decreto que le fue notificado el 31-5-2005 y del que la hoy condenada hizo caso omiso, continuando las obras entre el 31-5 y 7-6-2005, y vendiendo la parcela con la vivienda a Avelino el 16-9-2005 por 90.151'82 ocultándole la existencia del citado expediente - y las órdenes de suspensión y precinto -lo que ha motivado la condena por un delito

de desobediencia del art. 556 CP y un delito intentado de estafa-; y decreto de la Alcaldía de 12-9-2005, notificado el 22-9 por el que se acordaba: 1º) Ordenar a la misma la **demolición** de las obras de construcción de la vivienda. 2º Concederle un plazo de 30 días para el cumplimiento del derribo. Decreto que fue recurrido en reposición por Leonor - que no informó de ello a Avelino - el 25.10.2005, que fue desestimado.

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 rústico en el que, según el Plan General de Ordenación del Puerto de Santa María-, el Jefe del Servicio de licencias y disciplina Urbanística, declaró en el juicio oral- solo se podría construir en parcelas de cómo mínimo 10 has vivienda familiar agraria vinculada al uso agrícola o ganadero-, no consta sea subsanable, legalizable, o si se quiere, reconducible en el futuro, y consta por el contrario, que en vía administrativa se ha acordado ya la **demolición** de lo construido, sin que conste tampoco que ese criterio jurídico haya sido recurrido antes los tribunales de esa Jurisdicción contencioso-administrativa. Y por último, como ya se ha explicado, no es argumento impeditivo de la **demolición** que en el hecho probado se consigne que en la zona donde se realizó la construcción existen 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.

**QUINTO)** Resta pronunciarse sobre la petición continuada en la consideración segunda del escrito de oposición al recurso de casación del MF, presentado por la acusación particular de Avelino , en el sentido de que de ser admitido el recurso y procederse a la **demolición** de la vivienda de su propiedad, debería revocarse igualmente- en cuanto a la responsabilidad civil por entender que el condenado debería indemnizarle- al ser tercero de buena fe- en la cuantía que se determine en ejecución de la sentencia con arreglo a las bases que ya señaló en su escrito de acusación y reiteró en el acto del juicio oral.

Pretensión que deviene impropio. Es cierto que el apartado 3 del art. 319 en los supuestos en que se ordene la **demolición** salvaguarda los derechos de los terceros de buena fe ("sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe") pero, dado que dicha pretensión del acusador quedó imprejuizada en la instancia al no acordarse la **demolición**, y la solicitud de indemnización por daños morales en cuantía de 9.000 euros para el supuesto de no acordarse la **demolición**, fue desestimada - ver fundamento jurídico séptimo-, debió la parte adherirse al recurso de casación interpuesto por el M.F., conforme a la interpretación dada por el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª T.S. de 27.4.2005, al último párrafo del art. 861 LECrim en la forma y requisitos previstos en el art. 873, párrafo 2º y 874 in fine de la misma ley procesal .

**SEXTO)** En base a lo razonado, **el recurso debe ser estimado parcialmente**, las costas se declaran de oficio (art. 901 LECr.).

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos **haber lugar parcialmente** al recurso de casación interpuesto por infracción de ley por EL MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia de fecha 21/7/2011, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta, en causa seguida por delito de ordenación del territorio; y en consecuencia procede **casar parcialmente** la mentada resolución, dictando nueva sentencia más conforme a Derecho; con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, 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. Joaquin Gimenez Garcia Jose Manuel Maza Martin Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Junio de dos mil doce.

SEGUNDA SENTENCIA

En la causa Diligencias Previas número 744/2010 incoada por el Juzgado Mixto nº 2 de El Puerto de Santa María por delito de ordenación del territorio, contra Leonor, con DNI nº NUM001, nacido el NUM002 /1960 en Cádiz, y seguida ante la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4ª, Rollo nº 45 de 2010, se ha dictado Sentencia de fecha 21-7-2011, que ha sido CASADA Y ANULADA por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo**, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre**, hace constar los siguientes:

### **I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO)** Se aceptan los de la sentencia recurrida.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO)** Tal como se ha razonado en la sentencia precedente, procede, conforme lo dispuesto en el art. 319-3 CP, acordar la **demolición** de lo obra, a cargo de Leonor, sin perjuicio de las indemnizaciones derivadas a Avelino, como tercero de buena fe.

### **III. FALLO**

Que, **manteniendo el resto de los pronunciamientos** de la sentencia de fecha 21-7-2011, dictada por la Audiencia Provincial de

Cádiz, Sección 4<sup>a</sup>, se acuerda la **demolición** de la vivienda unifamiliar objeto del presente procedimiento, a cargo de Leonor , sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a Avelino .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquin Gimenez Garcia Jose Manuel Maza Martin Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.