



Roj: **SAP CA 1470/2024 - ECLI:ES:APCA:2024:1470**

Id Cendoj: **11004370072024100067**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Algeciras**

Sección: **7**

Fecha: **25/07/2024**

Nº de Recurso: **199/2023**

Nº de Resolución: **213/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **JOSE ALBERTO RUIZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ SECCIÓN VII con sede en ALGECIRAS

Ilmos. Sres. Magistrados: Presidente: Doña María de las Nieves Marina Marina Doña María de la Paloma Gálvez de Aguilar-Amat Ponente. Don José Alberto Ruiz Sánchez

Rollo de Apelación Penal 199/2023 Procedimiento Abreviado 213/2022, del Juzgado de lo Penal UNO de Algeciras, dimanante de Diligencias Previas 532/2021, del Juzgado Mixto TRES de San Roque

SENTENCIA nº 213/24

En la ciudad de Algeciras, a 25 de julio de 2024.

Visto por esta Sección de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Algeciras, integrada por los Magistrados antes citados, el Rollo de apelación de referencia, dimanante de las Diligencias Previas igualmente dichas, pendiendo en esta Sala recurso de apelación formulado por el procurador, don Adolfo José Ramírez Martín, en nombre y representación de doña Justa, bajo la dirección letrada de don Juan Carlos Corbacho Hita, contra la Sentencia, de fecha 12 de mayo de 2022, del Juzgado de lo Penal UNO de Algeciras, siendo parte apelada el MINISTERIO FISCAL, habiendo sido designado ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don José Alberto Ruiz Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal, se resuelve lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de referencia dictó Sentencia, en la fecha antes citada, cuyo Fallo ordenaba lo siguiente: *"Que debo CONDENAR Y CONDENO A Justa como autora de un delito ya definido contra la ordenación del territorio (319.2 CP), a 3 AÑOS DE PRISIÓN CON INHABILITACIÓN ACCESORIA PARA EL SUFRAGIO PASIVO, MULTA DE 20 MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE 12 EUROS, RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA EN CASO DE IMPAGO, INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE PROFESIÓN U OFICIO RELACIONADO CON LA ARQUITECTURA, CONTRUCCIÓN Y OTROS ANÁLOGOS, POR TIEMPO DE DOS AÑOS, COMISO DE LAS GANANCIAS OBTENIDAS, ASI COMO DEMOLICIÓN DE LA CONSTRUCCION EJECUTADA. Se ordena la demolición de la vivienda, sita en la calle Concepción, Finca Los Alarcón, Torreguadiaro, en la localidad de San Roque, referencia catastral NUM000. Ello deberá ser ejecutado por parte de la condenada o subsidiariamente a costa de la misma, por la Administración, en los términos previstos en el Fundamento Sexto de esta resolución; comiso de los efectos y ganancias obtenidas con el delito, y costas procesales".*

SEGUNDO.- Contra la mencionada Sentencia, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de doña Justa, admitido a trámite el cual y conferidos los preceptivos traslados, y con la expresa oposición del Ministerio Fiscal, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en la que, tras formarse el correspondiente Rollo, designarse Ponente, quedó la causa vista para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

HECHOS PROBADOS



Se acepta la declaración de hechos probados de la Sentencia apelada, que es del siguiente tenor literal: "*Que el 28 de abril de 2021, la acusada, doña Justa, promovió, a sabiendas de su ilegalidad, la construcción de una vivienda unifamiliar prefabricada, sobre 4 bidones rellenos de hormigón, enterrados parcialmente en el suelo en pozos/zapatatas de cimentación, en una parcela de unos 752 metros cuadrados en la DIRECCION000, en la localidad de San Roque. La tipología es de vivienda-residencial. Todo ello fue llevado a cabo sin la preceptiva licencia municipal, al ser una construcción no legalizable, en suelo no urbanizable de carácter rural con protección general. La construcción realizada incumple las normas urbanísticas tanto en la distancia respecto de otras construcciones como en el uso de la misma (residencial), todo ello de acuerdo con el Plan de Ordenación Urbanística de San Roque, aprobado el 25/07/2000 BOP 07/09/2000 y adaptado parcialmente a la LOUA Ley 7/2002, BOP 27/06/2011, del Avance del Documento de Delimitación de Asentamientos en Suelo no urbanizable del Término Municipal de San Roque aprobado en Pleno del Ayuntamiento de 27/11/2014, BOP de Cádiz n° 148 de 04/08/2015, no siendo las obras realizadas susceptibles de legalización. El coste de la demolición ha sido valorado pericialmente en 1.206,97 euros*".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alega por la recurrente, en primer lugar, error en la valoración de la prueba, en concreto inconsistencia de la prueba de cargo, y no apreciación de la ausencia de vocación de permanencia de las conocidas como "mobiles-homes"; vulneración del principio de legalidad, por indebida aplicación del artículo 319.2 del Código Penal, y, en segundo lugar, falta de motivación en relación a la pena de prisión, las penas accesorias y lo relativo a la demolición y la multa.

El Ministerio Fiscal instó la desestimación del recurso y la plena confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- La recurrente señala que la resolución de instancia incurre en error en la valoración de la prueba, lo que en resumen, se refiere a la ausencia de prueba de cargo que acredite que la vivienda que señala en hechos probados no es sino una *mobile-home*, algo distinto de una vivienda prefabricada, sin carácter permanente; sin que se haya probado la existencia de suministro de luz, ni fosa séptica ni abastecimiento de agua.

Califica las pruebas como inconsistentes, en especial la testifical de la Arquitecta Técnica del Ayuntamiento de San Roque, doña Remedios, que solo visitó el inmueble en una ocasión, sin llegar a pasar del vallado, por lo que desconoce si la vivienda tiene suministros de luz o agua y desconoce la existencia de una alcantarilla, y el uso cierto que se le da a la "mobile-home".

Posteriormente señala que la vivienda en cuestión en realidad es un bien mueble y que la *mobile-home* no tiene consideración de construcción, y es transportable. Señala una evidente ausencia de prueba inculpativa y en virtud del principio in dubio pro reo, pide que se revoque la sentencia de instancia y se absuelva a la apelante del delito contra la ordenación del territorio, al no encuadrarse los hechos en el articulado del artículo 319 del Código Penal.

También solicita de forma subsidiaria, una correcta cuantificación de la pena, tanto de la de prisión, como la de multa, más acorde con el principio de proporcionalidad penal, en atención a la gravedad de la conducta enjuiciada y el carácter potestativo de la demolición.

El Ministerio Fiscal ha impugnado el recurso, destacando que comparte los argumentos que efectúa en la resolución recurrida la juez *a quo* respecto del delito contra la ordenación del territorio señalando que la vivienda objeto de litigio descansa en bidones de hormigón semienterrados, resultando claro el fin residencial y solicita que se desestime el recurso y se confirme la resolución recurrida.

TERCERO.- Los delitos contra la ordenación del territorio, en especial el tipo penal de realización de obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable del artículo 319 del Código Penal ha generado multitud de resoluciones en todas las Audiencias, en especial en provincias como la de Cádiz y limítrofes, por el profuso desarrollo urbanístico.

Por eso, diferentes secciones de esta Audiencia se han pronunciado acerca de las conocidas como *mobiles-homes* y en las que se refleje que el avance en técnicas constructivas, hace que no sea necesario el empleo de materiales y fórmulas tradicionales de construcción y este es el caso de las viviendas prefabricadas, que son transportadas de forma más o menos completa desde el lugar de fabricación y ensamblaje, al lugar de ubicación ahorrando costes de materiales y mano de obra.

Sobre este tipo de edificaciones y su relación con el tipo penal reseñado se ha pronunciado la Sección 1ª de esta Audiencia, en sentencia de fecha 8 de septiembre de 2020 (Ponente D. Javier Gracia Sanz), señalando que: "*Es criterio de esta Audiencia Provincial de Cádiz y de muchas otras, y así se pone de manifiesto en la sentencia de esta Audiencia Provincial de 10/9/2012, rec n° 95/2012, y con cita de la Audiencia Provincial de*



Sevilla, de 5/10/2009 o de 29/7/2008 o la Audiencia Provincial de Jaén, *que la construcción de una edificación prefabricada no es óbice a la constitución de los elementos objetivos del tipo pues donde realmente debe ponerse el acento es en la vocación de permanencia de la edificación o construcción. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 7479/2006, de 29 de noviembre, establece que "construcción", a efectos del delito urbanístico es toda actividad de modificación sustancial de la configuración original del terreno, con vocación de permanencia, realizada por el hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados. No importa tanto el método constructivo empleado, con mayor o menor número de elementos prefabricados, con mayor o menor dificultad de desmontaje, como el efecto o resultado final producido y la vocación de permanencia en el ataque al bien jurídico protegido....."*

Consta en autos, Expediente denuncia con número NUM001, cofeccionado por la Patrulla "Seprona" de la Guardia Civil de San Roque, donde figuran fotografías en las que se observa como un camión-grúa de grandes dimensiones traslada la vivienda prefabricada, observándose los pilares donde se asentó posteriormente la vivienda y un arqueta cercana a los pilares, que los actuantes presumen que tiene la finalidad de conectar a un sistema de suministro y/o desagüe, observándose asimismo tablas de madera sobre las que también se apoya la vivienda.

Consta asimismo, Decreto de Alcaldía con número NUM002, de 31 de mayo de 2.021, por el que, recalando que la actuación se realiza en suelo no urbanizable de carácter natural o rural y con subcategoría de suelo no urbanizable de protección general, se desestiman las alegaciones de doña Justa, y se ordena la reposición de la realidad física alterada

En definitiva, la clave es la modificación permanente de la zona espacial o geográfica afectada, más que el empleo o no de materiales determinados y del visionado de las fotografías aportadas a los autos, se infiere que la capacidad de transporte de la vivienda es limitada por tamaño y peso y necesita un medio especial, como grúa y camión de grandes dimensiones, convirtiendo su traslado en antieconómico, por lo que es dable deducir que la vivienda está pensada para la permanencia en lugar determinado.

La capacidad de ser transportada es igual que una construcción tradicional que puede ser separada y movida por piezas sin que por ello sea móvil y en este punto debemos recordar que el artículo 334 del Código civil define como bien inmueble las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo y que adheridas no quiere decir excavada, con cimientos y con el empleo de cemento u hormigón y la ausencia de mortero u hormigón que una los bloques inferiores no implica que no sea una edificación, como que no esté anclada.

Lo importante es que, como demuestran las fotografías, en especial las obrantes en los folios 19 y 20 de los autos, se trata de una casa prefabricada destinada al uso residencial permanente, aunque su uso sea de segunda residencia o de fines de semana.

Por todo lo anterior descartamos que exista error en la valoración de la prueba y debemos desestimar el recurso en ese apartado.

CUARTO.- Subsidiariamente, se opone la falta de proporcionalidad de la pena impuesta y el carácter potestativo de la demolición

Y, efectivamente, la pena de prisión impuesta por el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 del Código Penal, resulta desproporcionada a juicio de esta Sala.

La sentencia no justifica la imposición a la acusada de la pena de prisión, en su duración máxima, que haciendo uso de su derecho de defensa, niega el conocimiento de la ilegalidad de los hechos, no constando, por otra parte, en las actuaciones informe alguno que señale que el daño al suelo rústico protegido es irreversible o de muy difícil recuperación..

Por ello, teniendo en cuenta, la ausencia de antecedentes penales y la falta de constancia sobre la magnitud del daño causado al suelo protegido, se considera proporcionada a las circunstancias del caso la imposición de la pena de UN AÑO de prisión, duración que se hace también extensible a las penas accesorias. Y por las mismas razones la multa impuesta ha de rebajarse a doce meses, si bien manteniéndose la misma cuota de doce euros diarios.

A este respecto debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la Sentencia de 28 de enero de 2.005, que con referencia a las 3 de junio de 2002 y 7 de noviembre de ese mismo año señala que, efectivamente, el artículo 50.5 del Código Penal dispone, que la cuantía de la cuota diaria de la sanción de multa ha de adecuarse a las condiciones económicas del condenado, teniendo que ser proporcional a las mismas.

De modo que esa cuantía deberá en todo caso, y a riesgo de quedar de otro modo en la más completa inaplicación el referido precepto en cuanto a las exigencias que establece, fundamentarse en alguno de los



siguientes extremos: a) la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil; b) alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil, por ejemplo); c) cuando menos, algún dato que, el Juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación de juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto; d), en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal "ad quem" vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, y toda vez que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos.

Con ello no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

Cmo indica nuestro Alto Tribunal, la insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter eneralizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido en el Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares.

Así, la cuota de doce euros es proporcional a la presumible situación económica de la acusada, que dijo ser rabajadora autónoma, de forma que la imposición de una cuota inferior haría que la pena de multa perdiera su efecto disuasorio.

No puede aceptarse la alegación relativa a una presunta legalización de la edificación y la consecuencia obligada de la comisión de este tipo de delitos es la reposición de la realidad física alterada, que, entendemos que en este caso, puede alcanzarse con la retirada o demolición de la vivienda prefabricada y la retirada de los bidones y demás elementos descritos en las actuaciones.

En definitiva, por todo lo expuesto, procede la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- No apreciándose temeridad o mala fe en la recurrente, al formular el recurso que ahora se resuelve, procede declarar de oficio las costas procesales causadas en esta alzada, conforme a lo establecido en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación procesal de doña **Justa**, contra la sentencia dictada, con fecha 12 de mayo de 2.023, en Procedimiento Abreviado número 213/2022, del Juzgado de lo Penal UNO de los de Algeciras, debemos revocar y en consecuencia revocamos dicha sentencia sólo en el particular de la pena a imponer por el delito contra la ordenación del territorio, la cual se rebaja a la de **UN AÑO de PRISIÓN, y MULTA de DOCE MESES con una cuota diaria de DOCE EUROS**, manteniéndose el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia, y, sin hacer imposición de las costas de esta instancia.

Contra esta sentencia no cabe ulterior recurso, salvo, en su caso recurso de casación, si de dan los requisitos para ello.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Penal de su procedencia, acompañando testimonio de esta sentencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.