



SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 47
Fax: 928 42 97 77
Email: s02audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Apelación sentencia delito
Nº Rollo: 0000597/2016
NIG: 3500431220000004005

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000139/2014-00
Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 3 de Arrecife

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Apelante	Adoracion Martín Viu	Irma Ferrer Peñate	Maria Del Carmen Quintero Hernandez
Apelante	Antonio Caro Andrade	Maria Nieves Zabala Fernandez	Joaquin Gonzalez Diaz
Apelante	Federico Echevarria Sainz		Encarnacion Pinto Luque
Apelante	Gonzalo Murillo Martin	Ignacio Pedro Caceres Cantero	Octavio Esteva Navarro
Apelante	Eduardo Murillo Toro		Octavio Esteva Navarro
Apelante	José María García Betancor		Maria Del Pilar Garcia Coello
Apelante	Fe Fabregas Abreut		Maria Del Pilar Garcia Coello
Apelante	Francisco Andrés Ibañez Fernandez		Maria Del Pilar Garcia Coello
Apelante	José Luis Benito Layunta		Maria Del Pilar Garcia Coello
Apelante	Dolores Pérez Ortega		Maria Del Pilar Garcia Coello
Apelante	Miguel Pallarés Rodríguez		Maria Del Pilar Garcia Coello
Apelante	Delia Fernandez Fernandez		Maria Del Pilar Garcia Coello
Apelante	José Manuel Fernandez Sanchez		Maria Del Pilar Garcia Coello
Apelante	Astrid Pérez Batista		Maria Del Pilar Garcia Coello
Apelante	Clara Isabel Cabrera García		Maria Del Pilar Garcia Coello

NOTIFICADO 06/07/2018 ABOGADA DELIA M. LOPEZ DE LA HOZ

AUTO

Presidenta: Dña. Pilar Parejo Pablos

Magistrado: Nicolás Acosta González (ponente)

Magistrada: Dña. Mónica Herreras Rodríguez

En Las Palmas de Gran Canaria a 3 de julio de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de José María García Betancor y otros se presentó escrito promoviendo, al amparo del art. 228 y 241 de la LOPJ, incidente de nulidad de actuaciones interesando que se acordase retrotraer las mismas hasta el escrito del Ministerio Fiscal de 21 de diciembre de 2011 o, subsidiariamente, se decrete la nulidad del pronunciamiento contenido en la sentencia relativa a la responsabilidad civil consistente en la demolición de las obras

SEGUNDO.- Del escrito promoviendo el referido incidente se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas informando el Fiscal en el sentido de no haber lugar a la nulidad mencionada al haber sido citados al plenario los propietarios de las viviendas a fin de expresar su parecer como perjudicados mientras que la representación procesal de Federico





Echevarría informó en el sentido de interesar que se decretase la nulidad desde el escrito del Fiscal de 21 de diciembre de 2011 y la de Antonio Caro solicitó que se declarase nulo el pronunciamiento de la sentencia que ordena la demolición de diversas obras .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de José María García Betancor y otros se presentó escrito promoviendo, al amparo del art. 228 y 241 de la LOPJ, incidente de nulidad de actuaciones interesando que se acordase retrotraer las mismas hasta el escrito del Ministerio Fiscal de 21 de diciembre de 2011 o, subsidiariamente, se decrete la nulidad del pronunciamiento contenido en la sentencia relativa a la responsabilidad civil consistente en la demolición de las obras alegando, en apretada síntesis, en defensa de sus pretensiones, que durante la tramitación del presente procedimiento el Ministerio Fiscal, tras formular escrito de acusación contra Federico Echevarría y Antonio Caro, reclamando, como responsabilidad civil, la demolición de las obras ilegalmente construidas, mediante escrito de 21 de diciembre de 2011, folios 4244 y 4245, interesó expresamente que a fin de salvaguardar las garantías legales y procesales de terceros responsables civiles, a los solos efectos de responsabilidad civil, deberán concurrir en calidad de responsables civiles a fin de oponerse a las demoliciones y reposición de la realidad física que, en su caso, deban soportar los titulares de diversos bienes inmuebles que reclamaba que fuesen identificados mediante las oportunas certificaciones registrales y, a pesar de que por el Juzgado se ordena la práctica de la diligencia a tal fin, sin embargo no se les da el traslado indicado de forma que no llegaron a tener conocimiento de la pretensión de demolición de sus viviendas, o de parte de ellas, que planteaba el Ministerio Fiscal lo que les genera indefensión al no haberse podido poner a la misma ni reclamar la indemnización prevista en el art. 319.3 del C.Penal.

SEGUNDO.- Como indicaba el Auto del TS de 24 de noviembre de 2015, *Tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 180/2015), fundamento de derecho sexto, que "el incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional (L.O. 6/2007), una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales que puede y debe ser controlada por este Tribunal cuando las hipotéticas lesiones autónomas que en él se produzcan tengan "especial trascendencia constitucional". No puede considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario". En este sentido se muestra especialmente exigente desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE con la motivación y argumentación "suficiente sobre los motivos de la no admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones", añadiendo la STC 96/2015 , fundamento tercero, que "la inadmisión de plano sin más explicación que la de no encontrarse la Sentencia incurso en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.), ofrece una ratio decidendi claramente errónea Debe concluirse por ello que el órgano judicial realizó una interpretación constitucionalmente contraria a lo dispuesto sobre el contenido susceptible de control a través del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 L.O.P.J . que, tras la nueva regulación, resulta procedente ante cualquier vulneración de derechos fundamentales impugnables en amparo (artículo 53.2 CE)" (también SSTC 101, 142, 145 o 77, todas ellas de 2015).*





SEGUNDO.- La Sala Segunda del Tribunal Supremo, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Constitucional, sobre el alcance y límites del incidente de nulidad de actuaciones tiene declarado (ATS de 15/09/2015, recurso 10546/2014) que "no puede convertirse la nulidad en un planteamiento de cuestiones ya planteadas con argumentos y contra argumentos" afirmando que no se trata de un recurso de súplica "en el que puedan reiterarse peticiones y motivaciones ya tratadas y respondidas y que obligue al Tribunal a una reconsideración de sus decisiones previas; o le proporcione otra oportunidad para explayarse en nuevas razones a añadir a las que se hicieron constar en la sentencia", debiendo por ello eludirse "toda inclinación a reexaminar o abundar en cuestiones ya decididas e inidóneas para dar contenido a este incidente", es más, "sería procesalmente incorrecto que esta Sala entrase en dialéctica con el solicitante. Si se entiende que la sentencia de instancia vulneraba derechos fundamentales y que esa afectación no ha sido corregida en casación, es otra vía diferente a la del artículo 241.1 L.O.P.J la que hay que activar. Cuando el artículo 241 L.O.P.J exige que se trate de vicios que no hayan sido denunciados previamente viene a excluir las cuestiones en que la supuesta vulneración no sería directamente reprochable a la sentencia resolviendo el recurso, sino a la inicial sentencia (STC 17/2012, de 13 de febrero). Solo desde esta perspectiva interpretativa adquiere sentido un incidente de nulidad sustancialmente diferente a un recurso de súplica. Si en casación está prohibido el planteamiento de cuestiones nuevas en un incidente de nulidad rige justamente el principio inverso: solo cabe suscitar cuestiones nuevas" (ver también AATS de 19/05/2015, recurso 2196/2014 ; de 17/10/2014, recurso 20284/2012; 20/07/2015, recurso 10496/2014 ; 30/06/2015, recurso 2429/2013).

En el auto de 29/07/2015, recurso 1996/2014, en su fundamento de derecho segundo, señalamos que "el juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en que se pretenda suscitar otras cuestiones", apostillando a continuación que "aunque proceda la inadmisión del incidente de nulidad, puede ser resuelto mediante auto por sus ventajas sistemáticas y de exposición con mayores garantías que las proporcionadas por una mera providencia, aún fundada", como es el caso.

TERCERO.- Dado que en este caso la parte que promueve el incidente lo que plantea es la posible lesión de derechos fundamentales (en este caso el derecho a no ser condenado sin ser previamente oído y vencido en juicio, principio este que, nuestra jurisprudencia ha venido entendiendo amparado en el derecho de defensa como una manifestación del derecho a obtener una tutela judicial efectiva en cuanto que instrumento para la proscripción de la indefensión y garantía de una contradicción plena entre las partes (STC 114/1997, 16 junio ; fj 7º; STC 91/1994, 21 marzo ; fj 3º)art. 24 CE) que no han podido denunciar antes de recaer resolución que ponga fin al proceso, al no haber sido llamados como parte a aquel, y no siendo ya la sentencia susceptible de recurso ordinario o extraordinario, consideramos que el incidente en cuestión debe ser admitido a trámite.

Entrando ya en el análisis de las cuestiones de fondo que se nos han planteado en esta causa, tal y como indicaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de 4 de julio de 2016, respecto de la necesidad de que sean llamadas o emplazadas las personas frente a las que se dicte pronunciamientos civiles, *precisa la STS 215/2013, de 15 de marzo , que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no la equipara a la de la parte penal. No solamente porque en el*





artículo 784 no se prevé la designación de oficio de representación y defensa para el caso de no ser designado por la persona responsable civil. Más determinadamente porque el artículo 786.1 párrafo último ordena seguir el juicio, si fue debidamente citada la responsable civil, aunque ésta no comparezca. Ahora bien, ese régimen procesal no releva de la oportunidad de la que ha de disponer para llevar a cabo la personación efectiva en el proceso. Y ello no solamente para conjurar toda indefensión de esa parte. También porque, precisamente la proscripción de esa indefensión, supondría la imposibilidad de su condena, lo que acarrearía un déficit en la tutela judicial de quien formula pretensiones civiles contra ella.

Por su parte, la STS núm. 480/2009, de 22 de mayo (FJ 193º) señala que es evidente que todos aquellos que en uno u otro concepto, penal o civil, resultan sujetos pasivos de pretensiones ejercitadas en el juicio oral, deben ser citados al mismo para permitir el ejercicio del derecho de defensa, pues aunque no puedan equipararse sin más, al responsable penal o civil, ello, no impide que el órgano jurisdiccional está obligado a ofrecerles las posibilidades de contradicción y defensa, quienes desde este momento "podrán" intervenir en el proceso, nombrando letrado y procurador, si preciso fuere para proponer los medios de defensa de sus derechos e intervenir en las diligencias acordadas al respecto, llegando su intervención a la formalización de calificaciones provisionales o escrito de defensa, con la pertinente proposición de pruebas, en a la defensa exclusiva de sus derechos.

De forma más directamente relacionada con el caso de autos, la STS núm. 167/2008, de 14 de abril, establece: En principio, no existe obstáculo jurídico alguno para la declaración de nulidad, en el mismo proceso penal, de aquellos negocios jurídicos que sirven de falsa cobertura para la obtención de un lucro económico a costa de un tercero. Esta Sala ha afirmado de forma reiterada, básicamente en relación con la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes, que en esta clase de infracciones penales la reparación civil no se produce ordinariamente a través de una indemnización de perjuicios, sino por medio de la restitución de la cosa (artículos 109 a 111 del Código Penal) que indebidamente salió del patrimonio del deudor o de la declaración de nulidad de los gravámenes ilícitamente constituidos. Y cuando se ha realizado un negocio jurídico en la comisión del delito, como ocurre en el caso presente, tal reparación civil se realiza a través de la declaración de nulidad de dicho negocio. Ahora bien, para que tal declaración pueda hacerse en la sentencia penal -razona la STS 745/2006, 7 de julio -, es necesario que se ejercite la acción correspondiente en debida forma esto es, de acuerdo con los principios procesales que regulan el ejercicio de estas acciones de carácter civil.

Uno de tales principios es el respeto al derecho de defensa, de modo que no cabe hacer en sentencia ningún pronunciamiento que pueda perjudicar a quien no fue llamado como parte en el correspondiente proceso, elevado a la categoría de derecho fundamental de la persona por lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española . Una aplicación concreta de esta norma fundamental es lo que en el proceso civil se conoce con el nombre de litis consorcio pasivo necesario, que existe cuando varias personas se encuentran ligadas a una relación jurídica de forma tan próxima e indisoluble que cualquier resolución judicial dictada contra una forzosamente ha de afectar a la otra u otras o, como dice el actual art. 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , «cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados». Y por ello, para que en tales supuestos quede correctamente constituida la relación jurídica





procesal, es obligado llamar al litigio a todas esas personas conjuntamente, de modo que todas y cada una de ellas puedan actuar como partes en el procedimiento. Si no se cumple esta norma, hay que apreciar, incluso de oficio, la existencia de este defecto procesal y dictar sentencia absolutoria en la instancia sin entrar a resolver el fondo del pleito.

Este planteamiento es aplicable a los supuestos de proceso penal por delito de alzamiento de bienes cuando éste se ha producido por medio de un contrato y se pretende la nulidad del mismo. Si en tal contrato intervinieron varias personas, todas ellas han de ser traídas al proceso, porque contra todas ha de ejercitarse la correspondiente acción civil de nulidad, bien exclusivamente tal acción civil figurando sólo como demandados civiles en el seno del proceso penal, bien acumulada a la acción penal porque el procedimiento se dirija contra todos los intervinientes en el contrato al haber sido todos ellos acusados como partícipes en el delito y consiguientemente como responsables civiles (artículo 116 del Código Penal). Tal idea ha sido reiterada en otras muchas resoluciones de esta misma Sala, de las que las SSTs 238/2001, 19 de febrero, 1013/1999, 22 de junio y 1263/1998, 21 de octubre, son elocuente ejemplo.

CUARTO.- Centrada la cuestión debemos resaltar dos aspectos que, a nuestro entender, resultan relevantes para adoptar la decisión procedente en este caso.

El primero es que, tal y como se pone de manifiesto por los promoventes del incidente, en este caso existió una pretensión expresa por parte del Ministerio Fiscal para que, en calidad de responsables civiles, fueran emplazados los propietarios de los inmuebles cuya demolición solicitaba y ello a los efectos de que pudieran oponerse a dicha demolición.

Y el segundo es que en este caso el pronunciamiento en materia de demolición, estando legalmente previsto, no es, a diferencia de lo que podría suceder en otros casos, en los que, por ejemplo, estamos ante la consecuencia necesaria e ineludible de la comisión del delito, de un efecto que, necesariamente, tiene que producirse pues existen supuestos, circunstancias, en los que esa demolición, entendida como responsabilidad civil, puede no decretarse.

Así no debemos olvidar que, como establecía la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de marzo de 2018 *partiendo del análisis de la STS nº 529/2012, de 21 de junio, ésta Ilma. Audiencia Provincial de Murcia ha dicho, de forma reiterada, que las consecuencias que pueden extraerse de la referida sentencia son:*

1.- La regla general es la de la demolición, la excepcional la no demolición.

2.- Son supuestos muy graves en que prácticamente procedería siempre la demolición: a) cuando estando la obra completamente fuera de la ordenación no sea legalizable o subsanable; b) cuando haya existido una voluntad de rebeldía del sujeto activo a las órdenes o requerimientos de la Administración; c) en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se sume un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

3.- Habrá que tener en cuenta criterios tales como: a) la gravedad del hecho; b) la naturaleza de la construcción; c) la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría el infractor, si se hiciera un planteamiento económico; d) que se afecten derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia; e) la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción tomando en distinto valor los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc.





4.- *En todo caso caben excepciones: a) cuando se trate de mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa; b) cuando se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a la norma la edificación o construcción; c) en atención al tiempo transcurrido entre la realización de la obra y la fecha de la sentencia firme, puede valorarse también que las obras de potencial demolición se encuentren en área consolidada de urbanización; no obstante esta excepción no puede extenderse a futuras e inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán en exclusiva de la autoridad municipal ni cuando surja por ello una necesidad pública de instalar futuros servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, lo que a sensu contrario podría interpretarse que es supuesto excepcional admisible aquellos casos en que dichos servicios públicos ya estuvieran instalados o prestados por la propia Administración.*

5.- *No son argumentos admisibles para denegar la demolición ni la invocación del principio de intervención mínima del derecho penal, ni la existencia de otras construcciones similares en la zona, ni la posibilidad de deferir la decisión a ulteriores actuaciones administrativas.*

6.- *Se requiere motivación judicial específica en la sentencia tanto para acordar la demolición como para denegarla, que sea razonable.*

Así , pues, no estamos, repetimos, ante una consecuencia necesaria del delito, estamos ante un pronunciamiento que admite no ya modulaciones sino incluso excepciones a oponer por quienes puedan resultar afectados no ya por la condena sino, incluso, por su consecuencia civiles, en este caso la demolición. Ello nos debe llevar a la aplicación al caso de la doctrina recogida en la ya clásica sentencia del Tribunal Constitucional 176/1998, de 14 de septiembre , perfectamente aplicable al presente caso aun cuando el supuesto de hecho sea distinto, proclama su doctrina al respecto: *"El derecho a la tutela judicial efectiva, y más en concreto el derecho a un proceso público con todas las garantías, no solo incluye el derecho de acceso a la justicia, sino también, como es obvio, el de hacerse oír por ésta y, por tanto, el de ser emplazado en la forma legalmente prevista para así poder comparecer en aquellas actuaciones judiciales cuya finalidad es precisamente la de dar a las partes la ocasión de hacerse oír, de expresar cuanto convenga a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La omisión de tal emplazamiento, cuando no es suplida por una actividad espontánea de las partes, a la que en modo alguno están obligadas, vicia las actuaciones judiciales realizadas sin el concurso de la parte ausente y entraña, en consecuencia, la inconstitucionalidad de las decisiones adoptadas*

Evidentemente cabría plantearse si esa situación, esto es, la de los promoventes del presente incidente, no es fruto de su propia y voluntaria desidia o falta de interés en defender su posición cuando que no les podía ser ajena la existencia del procedimiento, aunque sólo fuese por la trascendencia pública que ha tenido .

Pero aunque el Tribunal pueda considerar cuando menos extraño que no supieran de las consecuencias que, para sus casas, podría tener la condena que pudiera llegar a dictarse, es evidente que esa extrañeza, esa sospecha, no la podemos elevar al nivel de certeza que se hace preciso en este caso sobre todo cuando que el Ministerio Fiscal, garante de la legalidad, en su momento estimó preciso reclamar, expresamente, su llamada al procedimiento precisamente para salvaguardar sus derechos y más específicamente para que pudieran oponerse a la demolición que reclamaba, algo que no entendemos que hubiese hecho de considerar que tenían cumplido conocimiento de tal circunstancia y que no se habían





personado por causa a ellos atribuible sin que ahora podamos compartir su tesis de que su llamada al plenario, en calidad de testigo, sea suficiente como para considerar subsanado tal déficit puesto que, como tales, sin duda, no pueden articular pretensiones de fondo en el procedimiento y , sobre todo, no han podido someter a debate sus alegaciones en orden a que la demolición no afectase a su propiedad o, por lo menos, a parte de las mismas y así lo declaraba la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 22 de noviembre de 2013 en la que se refería que *Un testigo no es parte en un procedimiento penal, y el hecho de que Imporchama SL tuviera conocimiento de que su ejecución cambiaria se encontraba suspendida por seguirse un proceso penal por un delito de estafa cometido por un tercero contra la mercantil a la que había demandado no implica que, no siendo parte en dicho procedimiento, tuviera que conocer que dicho demandado, allí acusación particular, había solicitado la anulación del título cambiario (de forma que tuviera que ser Imporchama quien, en su interés, tuviera que intentar personarse en las diligencias penales para defenderse de esa pretensión) sino que era, por el contrario, dicha acusación particular la que, al igual que en su escrito de calificación provisional solicitó que se diera traslado de las actuaciones a las sociedades a las que consideraba responsables civiles subsidiarios, Darco y Aldebarán, debió traer al proceso a la sociedad a la que directamente afectaba su pretensión de nulidad, solicitando igual traslado de las actuaciones respecto de Imporchama, S.L. para que pudiera ejercitar plenamente su derecho a la defensa en este proceso penal..*

QUINTO.- Esta necesidad de llamar el proceso a quienes pueden verse afectados por la decisión relativa a la demolición aparece claramente expuesta, entre otras , en la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 7 de noviembre de 2012 en la que se indicaba que *Ha indicado en otras ocasiones esta Sala: a) que la demolición prevista en el apartado 3 del art. 319 del Código Penal no debe ser adoptada automáticamente de modo mimético, y que menos aún cabe entender que se trata de una decisión ligada de modo necesario a la condena por delito tipificado en alguno de los otros dos apartados del precepto (" los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar ... "), y b) que, sin embargo, salvo que concurren circunstancias especiales que aconsejen lo contrario, la demolición debe ser la regla común como medio natural y específicamente idóneo para restaurar la legalidad urbanística vulnerada. En el presente caso, no obstante, existe un claro obstáculo a la pretensión que sostiene el Ministerio Fiscal ya que, sin necesidad de adentrarnos en más consideraciones, es lo cierto que el acusado vendió por escritura pública la construcción a otras personas meses antes de su imputación, adquirentes que no son partes en el proceso y que, por tanto, no pueden verse directamente afectados por un pronunciamiento como el que se pide sin posibilidad alguna de defensa y contradicción por su parte*

Del mismo modo la Audiencia Provincial de Cádiz en resolución de 27 de octubre de 2009 afirmaba que *El acusado, condenado en la instancia, administrador de la sociedad « Gestión Inmobiliaria El Copo SL. » adquirió la finca rústica donde posteriormente construyó dos viviendas unifamiliares separadas por un muro y, tras otorgar declaración de obra nueva y división horizontal, procedió a venderlas en escritura pública a sendos matrimonios de nacionalidad británica, que las adquirieron en pleno dominio con inscripción de su derecho en el registro de la propiedad. Esto está plenamente acreditado en los autos e, incluso, era algo ya conocido desde el mismo momento en que se inicia el procedimiento penal -f.16 y 43 y 44-*





Ni han tenido intervención alguna en el procedimiento penal estos adquirentes ni consta la hayan tenido en el expediente de restauración de la legalidad urbanística ni tampoco que la resolución administrativa incoatoria haya sido anotada preventivamente en el registro de la propiedad - art. 52 c) del RD 1093/97 de 4 de julio (RCL 1997, 1861) -. El hecho de que las construcciones, ulteriormente transmitidas, hubieran accedido al registro de la propiedad mediante una mendaz certificación técnica de antigüedad de la construcción incorporada a la escritura de obra nueva de la promotora no presupone, obviamente, la mala fe de los compradores.

Es claro que la demolición de la construcción en aplicación del art. 319.3 del Cp causaría evidente indefensión a estos adquirentes que ninguna intervención han tenido en el procedimiento penal .

Esa misma Audiencia en resolución de 2 de septiembre de 2015 señaló que existe un dato, constatado documentalmente en la causa que, no ha sido objeto de valoración alguna por parte del Juez ad quo en la sentencia y que, a juicio de esta Sala sí resulta relevante a los efectos de adoptar la decisión ya sea de demolición ya fuera de comiso.

Consta el folio 17 de la causa que el procedimiento penal se dirigió contra el acusado a tenor del Auto de fecha 12/04/10, y que, el 1/02/10 se suscribió Convenio Regulador de Separación entre éste y su cónyuge, Doña Lorena a la que se atribuía en la liquidación de los gananciales el 100% de los derechos sobre Finca Rústica NUM001 del Registro, de Sanlúcar Barrameda, en la que se ubican una casa prefabricada de madera de 64 m2 y piscina de 28m con un valor de 40.000 euros (la finca en cuestión es la descrita en los Hechos Probados de la Sentencia recurrida), siendo éste Convenio Regulador presentado con la demanda que dio lugar al procedimiento de separación de Mutuo Acuerdo nº 478/10 del Juzgado de Sanlúcar de Barrameda mixto nº dos, que lo aprobó en Sentencia de 9/02/11 .

Es evidente pues, que la titularidad dominical de la vivienda a la fecha del enjuiciamiento ya no le correspondía al acusado sino a Doña Inmaculada, por lo que, la demolición de la construcción o en su caso, el comiso, causaría indefensión a esta persona que ninguna intervención ha tenido en la causa penal ni existe constancia siquiera de que, de alguna forma haya tenido conocimiento de este procedimiento.

Incluso en el Procedimiento Administrativo, conforme a los art. 34 LRJAP y PAC, aplicables a los procedimientos de restauración de legalidad urbanística, se debe de notificar su existencia a los que resulten interesados afectados ,cuanto más en un procedimiento penal.

Es evidente que no procede, con omisión de cualquier conocimiento del proceso penal de quien aparece como legítimo titular de la vivienda, acordar su demolición conforme al art. 319,3

Todo lo indicado debe llevar a entender que, ciertamente, la condena , en concepto de responsabilidad civil, consistente en la demolición de aquellas partes de diversas parcelas que estarían fuera de ordenación, en tanto que afectan a personas que ya eran sus propietarios durante la instrucción de la causa y no han sido llamados al procedimiento como parte del mismo, a pesar de la pretensión planteada en este sentido por el Ministerio Fiscal, vulnera su derecho a que no cabe hacer en sentencia ningún pronunciamiento que pueda perjudicar a quien no fue llamado como parte , elevado a la categoría de derecho fundamental de la persona por lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española que prohíbe





expresamente la indefensión y, como tal, debe provocar no la nulidad de la parte de la sentencia que acuerda la demolición, pues ello sería tanto como declarar este Tribunal la improcedencia de dicha decisión, lo que no es ni mucho menos lo procedente en este momento en tanto que acarrearía un déficit en la tutela judicial de quien formula pretensiones civiles contra ellos en tiempo y forma, sino la nulidad de lo actuado desde que el Ministerio Fiscal presentó su escrito de fecha 21 de diciembre de 2011 momento al que se retrotraen las actuaciones en orden a que por el juzgado de instrucción se emplace, en calidad de responsables civiles, a quienes aparezcan, registralmente, como propietarios de los inmuebles siguiendo el procedimiento a continuación por todos sus trámites debiendo celebrarse el juicio oral por juez distinto de la que dictó la sentencia recaída en esta causa manteniendo plena validez, en todo caso, las actuaciones que consten en la causa hasta la fecha de la celebración del juicio oral (incluidos recursos tramitados y resueltos, emplazamientos a los acusados y escritos de defensa presentados por los mismos) que no tengan que ver con esa llamada al procedimiento en calidad de responsables civiles de los titulares del los inmuebles que puedan resultar afectados por las demoliciones reclamadas por las acusaciones.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española,

DISPONEMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS la nulidad de lo actuado en el presente procedimiento a partir del escrito del Ministerio Fiscal de fecha 21 de diciembre de 2011 momento al que se retrotraen las actuaciones en orden a que se cumpla con lo interesado en el mismo por el Ministerio Público siguiendo, a continuación, el procedimiento por todos sus trámites debiendo celebrar el juicio oral juez distinto del que dictó la sentencia que ha recaído en este procedimiento.

En todo caso conservarán plena validez las actuaciones posteriores al 21 de diciembre de 2011 que no tengan relación con la llamada al procedimiento en calidad de responsables civiles de los titulares del los inmuebles que puedan resultar afectados por las demoliciones reclamadas por las acusaciones

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno.

Remítase copia certificada de la misma al Juzgado de lo Penal encargado de la ejecución para su conocimiento y demás efectos.

Así por este nuestro auto lo pronunciamos, lo mandamos y firmamos.

Diligencia para hacer constar que seguidamente se cumple lo acordado, doy fe

