

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA.

Sección segunda.

Rollo de apelación de auto núm. 862/2015.

Causa: Diligencias Previas núm. 134/2015 del

Juzgado de Instrucción núm. 2 de Almuñécar.

Ponente: Sra. González Niño.

A U T O NÚM. 434/16

Ilmos Sres. Magistrados:

D^a Aurora González Niño

D. José María Sánchez Jiménez

D^a Aurora María Fernández García

En la ciudad de Granada, a dieciséis de mayo de dos mil dieciséis, la Sección Segunda de esta Ilma. Audiencia Provincial, formada por los Magistrados al margen relacionados, ha conocido del recurso de apelación a que ahora se hará referencia, y pasa a dictar respecto del mismo la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Almuñécar, en las Diligencias Previas de referencia seguidas por presunto delito contra la ordenación del territorio en virtud de denuncia interpuesta por D. DIRK HANISCH, personado en la Causa, y el MINISTERIO FISCAL, contra la mercantil BERNING INVESTMENTS INC, tras la práctica de la que estimó oportunas, con fecha 12 de agosto de 2015 dictó auto decretando el sobreseimiento provisional y archivo de la Causa por no aparecer debidamente justificada la perpetración del delito que dio lugar a su formación.

SEGUNDO.- Contra dicho auto, el denunciante Sr. Hanisch interpuso recurso

de reforma y subsidiario de apelación en el cual, tras exponer los motivos que estimaba oportunos, terminaba con el suplico de que se dejara sin efecto el auto recurrido y en su lugar se declarara la nulidad de pleno Derecho de la misma ordenando la prosecución de la actuaciones.

Admitido a trámite el recurso de reforma e impugnado por el Ministerio Fiscal así como por la representación procesal de la mercantil denunciada, fue desestimado por auto de fecha 26 de octubre de 2015 que al mismo tiempo admitió a trámite el recurso de apelación subsidiariamente deducido; y verificados los correspondientes traslados, cada parte insistió en sus respectivas pretensiones.

TERCERO.- Remitida a esta Audiencia Provincial la Causa original para la sustanciación de la apelación, y turnado en reparto su conocimiento a la Sección Segunda, fue designada ponente la Magistrada D^a María Aurora González Niño; quedando los autos para resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El objetivo de la investigación a la que obedece la incoación de la fase de instrucción del proceso en el ámbito de las diligencias previas del procedimiento abreviado es el de obtener elementos indiciarios que, en su caso, permitan deducir que se han cometido unos hechos que revisten caracteres de delito y que hay una persona identificada que puede responder de ellos como autor o cómplice según proclama el art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; por eso, una vez practicadas esas diligencias de investigación, la Ley obliga al Juez de Instrucción a optar por alguno de los pronunciamientos que enumera el art. 779 entre los que se encuentra el de continuar el trámite del procedimiento abreviado en su fase intermedia o el de decretar el sobreseimiento libre o provisional si de esas diligencias resulta que el hecho no es constitutivo de infracción penal o no aparece suficientemente justificada su perpetración, siendo este último supuesto sobre el que descansa en el caso que nos ocupa la resolución del Juzgado de Instrucción, que aquí se recurre por el denunciante-acusador, de sobreseer provisionalmente el proceso una vez practicada la única diligencia de investigación que acordó: la de recabar al Ayuntamiento de

Almuñécar copia adverada del expediente de disciplina urbanística abierto a la mercantil denunciada.

SEGUNDO.- Salvadas con el auto desestimatorio del recurso de reforma, del que este de apelación es subsidiario, cuantas objeciones o reparos pone el recurrente a la motivación del auto de sobreseimiento recurrido, discrepamos de la valoración por el Juzgado instructor de las actuaciones llevadas a cabo por la promotora denunciada durante la ejecución de las obras de rehabilitación de la vivienda de su propiedad denominada “Casa Helios”, enclavada en la Loma de Curumbico junto a la playa del mismo nombre del término municipal de Almuñécar, que en su día le fueron autorizadas, y de unas obras de desmonte y explanación de la parcela colindante también de su propiedad para las cuales no solicitó licencia, a consecuencia de las cuales destruyó unas escaleras de acceso público a la playa que el Ayuntamiento le ordenó reponer, previa autorización de su trazado por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía por afectar al uso de la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre.

Es de observar que pese a la defectuosa y confusa redacción de la denuncia del Sr. Hanisch, donde mezcla de forma desordenada una pluralidad de hechos a lo largo de varios años, actuaciones municipales múltiples y alusión a otras denuncias vecinales como la de D. Anton Damen que dio origen a las diligencias de investigación penal de la Fiscalía de Granada que, sin más trámites, la redirigió al Juzgado de Instrucción tan pronto como el Ministerio público tuvo constancia de la incoación de este proceso penal, parece que en el recurso reconduce su pretensión de prosecución del procedimiento yugulado por el sobreseimiento para centrar su objeto en la eliminación por la denunciada de las escaleras de acceso público a la playa durante aquellas obras, y en los daños causados en los accesos de entrada o en el terreno de las fincas de otros vecinos.

Intuye la Sala que el interés del denunciante en este proceso penal descansa en su condición de vecino de la zona y usuario de las escaleras en cuestión y que a eso obedeció su personación en la Causa, admitida por el Juzgado sin pedir explicaciones al Sr. Hanisch para justificar su legitimación como parte acusadora, lo que dicho de paso es una verdadera anomalía procesal al contrario que la admisión de la personación en la Causa de la mercantil denunciada que tanto irrita al recurrente,

decisión correcta ésta última desde el punto de vista del derecho de toda persona denunciada a ser informada de los hechos delictivos que se le imputan (art. 24 de la Constitución) a pesar de que hasta el momento el Juzgado no ha ordenado llamarla al proceso ni a ella ni a su representante legal como imputados, siendo indiferente por qué vías se ha enterado de la denuncia y del proceso penal en curso.

Ello no empece sin embargo a que cualquier actuación procesal del denunciante en el futuro quede condicionada a la justificación por su parte de un interés legítimo en el ejercicio de la acción penal para la persecución del posible delito urbanístico a que pueden reconducirse los hechos denunciados, que permita considerarle perjudicado y por tanto tenerle como acusación particular liberándole de la obligación de interponer querrela y de prestar fianza exigibles legalmente a quien sólo actúa como acusación popular (art. 270 y 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

TERCERO.- Hecha esta primera salvedad y adentrándonos ya en lo hechos, por lo que se refiere a la destrucción de las escaleras, resulta sumamente discutible el argumento del Ministerio Fiscal que descarta por ahora el carácter no delictivo de esa conducta desde la perspectiva del delito contra la ordenación del territorio, que el Juzgado asume en la resolución apelada por remisión a su informe y ratifica después expresamente en su segunda resolución: en efecto, dice el Ministerio Fiscal que no concurriría en el caso el elemento normativo del tipo del art. 319 del Código Penal -que la obra de urbanización, construcción o edificación sea “no autorizable”- porque en la resolución de la alcaldía de fecha 4 de noviembre de 2014 dictada en el expediente de disciplina urbanística 5/2013 (el recabado por el Juzgado unido por copia adverada a los autos) se acordó suspender el procedimiento en tanto no se dictara resolución favorable o denegatoria de la legalización instada por la promotora a la Delegación Territorial de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía en Granada para el nuevo trazado de las escaleras según el proyecto presentado; y porque en el expediente abierto por esa Delegación se estaba a la espera de un nuevo informe del Servicio Provincial de Costas en Granada.

En cualquier caso, consta por así haberlo justificado las partes (la denunciada con su escrito de impugnación del recurso, el denunciante con su escrito de

alegaciones a su apelación) que la Delegación Territorial ya se ha pronunciado en los dos expedientes abiertos a la promotora para la autorización de la construcción de las nuevas escaleras: en el primero de ellos, el núm. 390-ZSP, teniendo por desistido al promotor de su petición; en el segundo tras nueva solicitud del promotor -el núm. 434-ZSP- autorizando la construcción de las nuevas escaleras de acuerdo con las condiciones que se especifican.

Pero aún así, estima la Sala que el Ministerio Fiscal y el Juzgado han desenfocado el caso porque confunden dos términos jurídico-urbanísticos distintos, los adjetivos “legalizable” y “autorizable” aplicados a una obra. Como hemos tenido la ocasión de pronunciarnos, vg. en nuestra sentencia de fecha 13 de mayo de 2011, la “legalización”, término acuñado en la legislación urbanística, se refiere exclusivamente a la posibilidad de que una obra ya realizada, que por contravenir la normativa urbanística haya de ser considerada ilegal, sea no obstante susceptible de convalidación posterior por subsanación del obstáculo, defecto o infracción en que consiste su apartamiento de la norma, para su acomodación a ésta (de ahí el vocablo legalización, o hacer legal, distinto al de legalidad propiamente dicho) y el subsiguiente restablecimiento del orden jurídico perturbado, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y la pertinente resolución de la autoridad competente; basta con asomarnos a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), y más concretamente a sus art. 182 y ss., para comprender que el concepto de “legalización” se ciñe precisamente a esto, siendo múltiples las soluciones, como múltiples son las infracciones urbanísticas, que pueden conducir a la legalización posterior de una obra ilegal o a su denegación, pues no es lo mismo, ni requerirá las mismas condiciones de adaptación a la normativa, la perpetración de una infracción leve que la de una grave conforme a la tipificación de infracciones que contiene los art. 207 y ss. de la LOUA. De hecho, el art. 182 de la Ley prevé incluso que se permita la legalización, atendiendo al principio de proporcionalidad, aún cuando existan disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable si resultan de imposible o muy difícil reparación; y en las propuestas de resolución de los expedientes de legalización se habrán de indicar los actos que deba llevar a cabo el administrado para reponer el orden jurídico perturbado, que pueden abarcar un amplio abanico, desde, vg., pagar simplemente las tasas de la licencia si se hubiera omitido,

hasta proceder a la reconstrucción o incluso a la demolición de lo edificado (art. 183).

El concepto de “autorizable”, por el contrario y de acuerdo siempre con la LOUA (art. 169 y ss.), viene referido a las circunstancias de legalidad previas que ha de reunir una determinada obra para que sea susceptible de autorización o licencia por su acomodo a la normativa urbanística. Y la condición de “no autorizable” de una obra, por contraposición a la de autorizable con ese sentido, es el que utiliza el tipo penal que aquí nos ocupa, aplicada a la obra realizada, para definir cuándo su ejecución es constitutiva de delito.

En el caso, se presenta al menos dudoso que la eliminación de un vial público de acceso peatonal a la playa, las escaleras que discurrían por la linde entre las dos fincas de la promotora, fuera susceptible de licencia previa en el contexto de las obras que Berning Investment estaba realizando, máxime si no tenía la intención de reponerlas después de finalizar las obras cual se objeta en el recurso, quizás porque molestaba a su proyecto al constituir una auténtica servidumbre para sus fincas. El caso es que la eliminación de este vial, que todavía no consta repuesto, ha impedido a los ciudadanos en general y a los vecinos de la zona en particular hacer uso de ese acceso peatonal a la playa con lesión del interés público, y que se trata de un acto indudablemente ilícito y contrario a la legalidad lo demuestra el expediente de disciplina urbanística mismo abierto a la empresa por el Ayuntamiento de Almuñécar, puesto que lo primero que hizo fue requerir a la empresa a reponerlo, como natural consecuencia de la exigencia de que se restaure el orden jurídico perturbado, previa obtención de la autorización por la Administración Autonómica por las cautelas que impone la actuación en esa zona de policía o servidumbre de protección del dominio público.

Por ello, no deja de plantearse la Sala si de haber cumplido la promotora su obligación de pedir licencia previa al Ayuntamiento y a la Junta de Andalucía para esas obras de desmonte contemplando la eliminación de las escaleras mientras duraran las obras con obligación de reconstruirlas después por el mismo u otro trazado alternativo, hubiera podido obtener la preceptiva autorización de ambas Administraciones, singularmente la del Ayuntamiento. Con mayor razón, si las obras se han realizado clandestinamente y al margen de la legalidad impidiendo de facto el

uso de un vial público hasta el momento no repuesto.

Por ello, no podemos descartar que con esta ilícita actuación la sociedad denunciada no haya incurrido en el delito del art. 319-1 del Código Penal en cuanto la obra se ejecutó en parte sobre un suelo destinado a un vial que destruyó, impidiendo a los ciudadanos el acceso a la playa para el que servía. Por eso, no podemos comprender que el Ayuntamiento haga depender la “legalización” ex post facto de una obra en sí ilegal y en principio no autorizable como la destrucción de un vial, dejándola sin sanción, de la autorización y licencia que acaso se conceda para la ejecución de las obras de reconstrucción de la escalera que constituye el único medio posible de proceder a la restauración del orden jurídico perturbado inherente a la ilegalidad de ese acto constructivo.

Las anteriores consideraciones merecerán, pues, el alzamiento del sobreseimiento decretado para que se reclame del Ayuntamiento de Almuñécar informe específico por el técnico competente.

CUARTO.- Cuestión distinta es esa otra parte del recurso por la que el Sr. Hanisch, asumiendo un papel que no le corresponde, se erige en representante, portavoz y defensor de los intereses de unos vecinos de la zona (menciona a una tal Sra. Friis- Hasché) que pretende perjudicados en sus derechos o en sus propiedades como consecuencia de la actuación de la sociedad denunciada. La respuesta habrá de ser negativa a esa pretensión de que el proceso se extienda a investigar hechos no denunciados ante la autoridad judicial por quien se considere perjudicado o víctima, por lo demás tampoco determinados en la denuncia del aquí recurrente que, por su imprecisión, tampoco han merecido la atención del Ministerio Fiscal como genuino depositario de la acción penal pública.

QUINTO.- Dada la índole del recurso resuelto y la fase del proceso en que ha sido deducido, serán de oficio las costas procesales de esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

RESUELVE la Sala **ESTIMAR** en parte el recurso subsidiario de apelación

interpuesto por el Procurador D. Rafael Alba Aragón, en nombre y representación del denunciante D. DIRK HANISCH, contra el auto de fecha 12 de agosto de 2015 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Almuñécar en las Diligencias Previas a que este rollo se contrae por el que decretó el sobreseimiento provisional y archivo de la Causa, resolución que queda revocada.

En su lugar, se acuerda lo siguiente:

Primero, que **el Juzgado requiera al denunciante Sr. Hanisch**, por conducto de su representación procesal, para que en el plazo que se le fije justifique cumplidamente el interés que le ampara en el ejercicio de la acción penal contra la sociedad denunciada, explicando por qué se siente “perjudicado” y acompañe alguna acreditación documental de su derecho, con apercibimiento de que en otro caso se le tendrá por apartado del proceso y no podrá intervenir como acusación particular, a salvo de poder hacerlo como acusación popular siempre que cumpla con los requisitos procesales necesarios (presentación de querrela y ofrecimiento de fianza).

Y segundo, **prosiga el Juzgado la investigación** iniciada reclamando informe de los servicios técnicos correspondientes del Servicio de Urbanismo Municipal del Ayuntamiento de Almuñécar, en relación con el expediente de Disciplina Urbanística núm. 5/2013 que se sigue contra la mercantil Berning Investments Inc., acerca de la ilegalidad de la obra ejecutada por dicha promotora en la finca de su propiedad en el curso de la cual destruyó la escalera de acceso peatonal a la playa que bordeaba por el oeste la edificación denominada “Casa Helios”, con indicación en todo caso de si dicha escalera constituye camino o vial público de titularidad municipal, y si con independencia de la obligación de dicha empresa de reponer o reconstruir la escalera que se le ha impuesto y de la posible legalización de la nueva escalera que se debe construir, la destrucción de la misma en el momento en que se realizó y en las mismas condiciones en que se hizo podría haber sido susceptible de licencia previa por el Ayuntamiento caso de haberse solicitado y obtenido la autorización correspondiente de la Delegación Territorial de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, con expresión de las medidas que acaso se habrían debido adoptar para garantizar el acceso público a la playa interrumpido con esas obras.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, y devuélvase la Causa al Juzgado de procedencia, con certificación de la presente para su

conocimiento, cumplimiento y demás efectos.

Así lo acuerdan y firman los Sres. de la Sala. Doy fe.