

## OFICINA COMUN DE TRAMITACION PENAL

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

Sección 6ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta

Tfno.: 94 401.66.68 Fax: 94 401.69.92

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES  
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

10 DIC 2010

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO  
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

Rollo Apelación Abreviado: 589/10

Proc. Origen: PAB 66/10

Jdo. de lo Penal nº 3 de Bilbao

Apelante/s: Sorkunde Ayarza Begoña

Procurador/a Sr/a.: Arenaza Artabe

Abogado/a Sr/a.: Montero Zabala

### SENTENCIA N° 1028/10

*ILTMOS. SRES.*

**PRESIDENTE D. José Ignacio ARÉVALO LASSA**  
**MAGISTRADA Dª Mª Carmen RODRIGUEZ PUENTE**  
**MAGISTRADA Dª Nekane SAN MIGUEL BERGARETXE**

En la Villa de Bilbao, a 29 de noviembre de 2010.

Vistos en segunda instancia por la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de Rollo de Apelación de Procedimiento Abreviado nº 589/10, dimanante del Procedimiento Abreviado 66/10 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Bilbao, en la que figura como acusada **Sorkunde Ayarza Begoña**, cuyas circunstancias personales constan en autos, representado por el/la Procurador/a Sr/a. Arenaza Artabe y defendido por el/la Letrado/a Sr/a. Montero Zabala, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal. Ejerce la acusación José María Zárate Bustinza, parte que comparece con la Procuradora Sra. Mardones Cubillo y con el Letrado Sr. Esnaola Hernández.

Expresa el parecer de la Sala como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Ignacio Arévalo Lassa.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - Por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Bilbao, se dictó con fecha 31 de mayo de 2010 sentencia cuyos hechos probados son del tenor literal siguiente:

"Probado y así se declara que la acusada Sorkunde Aiarza Begoña, con DNI nº 30.648.714-H, mayor de edad en la fecha de los hechos, nacida en España el 27 de julio de 1971, sin antecedentes penales, era la Alcaldesa-Presidenta del municipio de Zamudio, en la provincia de Vizcaya. Entre las funciones propias de su cargo estaban la concesión y denegación de licencias urbanísticas de obras aplicando la legislación vigente y velando por el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos en cada acto administrativo, estando para ello apoyada por órganos de asesoramiento propios de las entidades locales municipales.

El 3 de octubre de 2006 José María Zárate Bustinza presentó una solicitud de concesión de licencia de obras a ejecutar en su caserío sito en Oxinaga Auzoa nº 6 de Zamudio que no fue respondida por el Ayuntamiento, entendiéndose que dicha licencia había sido otorgada por silencio administrativo positivo, por aplicación de la Ley 2/2006 de 30 de junio, del Parlamento Vasco de Suelo y Urbanismo, artículo 210.5, y del Reglamento de Servicios Corporales Locales de 17 de junio de 1955, artículo 9.1.5º y 7º.c), José María Zárate acometió las obras autorizadas.

Ante esta situación, la acusada, en el ejercicio de su actividad como máxima responsable del citado Ayuntamiento, a sabiendas de su manifiesta ilegalidad desde el punto de vista de la normativa urbanística y actuando arbitrariamente, dictó en fecha 24 de mayo de 2007, Decreto en el que, amparándose en el Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, legislación que no estaba vigente, ordenaba la suspensión de las obras y la retirada de lo ya realizado, advirtiéndole de que, caso de no llevarlo a cabo, lo haría el propio Ayuntamiento con carácter subsidiario; así mismo, concedía un plazo de cinco días, sin especificar la naturaleza de su cómputo, para que José María Zárate Bustinza procediera a regularizar la falta de autorización y licencia. Al respecto, la Ley del Suelo del País Vasco de 2006 anteriormente citada, establece un plazo de un mes para subsanar posibles irregularidades de licencias solicitadas; y la Ley 30/95 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, establece en su artículo 48 que, a falta de otra indicación en contrario, el cómputo de los plazos se hará en días hábiles.

Asimismo, a sabiendas de su manifiesta ilegalidad, y actuando arbitrariamente, el día 30 de mayo de 2007, cuando aún no había transcurrido el plazo fijado en el mismo Decreto, pues los días 26, 27 y 28 eran inhábiles, convocó a la Comisión de Urbanismo del Ayuntamiento, en cuyo seno y a su instancia, se ratificó el Decreto y se acordó proceder a la demolición de la obra, como así ocurrió el día siguientes, el 31 de Mayo de 2007, a pesar de que, incluso, la acusada

había sido advertida telefónicamente, a través de una funcionaria del Ayuntamiento y del Jefe de Operaciones del Grupo I de la Comisaría de Erandio de la P.A.V. de que Jose María Zárate Bustinza, a través de su Letrado, había interpuesto recurso contencioso administrativo contra el referido Decreto, solicitando además como medida cautelarísima la suspensión de su contenido, dictándose por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Bilbao diligencia de ordenación de fecha 31 de Mayo de 2007 en la que se hacía constar que la Administración demandada no puede llevar a efecto la ejecución recurrida hasta que por el Juzgado se resuelva el incidente, diligencia que fué notificada al Ayuntamiento esa misma mañana, si bien ya se había llevado a efecto la demolición".

El Fallo de la indicada sentencia dice textualmente:

"Que debo condenar y condeno a Sokunde Aiarza Begoña como autora responsable de un delito de prevaricación a la pena de inhabilitación especial para cargo público en Corporaciones Locales u otro análogo y honores que lleve aparejados por tiempo de nueve años así como al abono de las costas procesales incluidas las de la Acusación Particular. Asimismo indemnizará a José María Zárate Bustinza en la suma de 2.000 euros con el interés estabelcido en el art. 576 L.E.C. Se declara la nulidad del Decreto de Alcaldía de fecha de fecha 24 de Mayo de 2007 así como de la orden de demolición de las obras realizadas por José María Zárate Bustinza. Líbrese testimonio de la presente resolución al Ayuntamiento de Zamudio para que continúe con el expediente administrativo a los efectos de la legislación urbanística aplicable".

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de Sorkunde Ayarza Begoña con base en los motivos que en el correspondiente escrito se indican, recurso al que se ha dado la tramitación legal con el resultado que obra en autos.

**TERCERO.-** Elevados los autos a esta Audiencia, se dio traslado de los mismos al Magistrado Ponente a los efectos de acordar sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

**CUARTO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista, quedaron los autos vistos para sentencia.

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

**HECHOS PROBADOS**

Se admiten íntegramente, dándose expresamente por reproducidos, los hechos declarados probados en la sentencia objeto de recurso.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia que la condena como autora de un delito de prevaricación, se alza en apelación la representación de Sorkunde Ayarza Begoña, presentando un extenso escrito de recurso que comienza con la alegación de la producción de un error material en la redacción de la sentencia en su folio 6 en la parte final en la mención de una fecha en la que en lugar del año 2008 había de aparecer el año 2007. La parte apelante entiende que el órgano de apelación debe de corregir este extremo y lo cierto, no obstante, es que no tratándose de un extremo contenido en la relación de hechos probados y resultando claro, como se admite, que la fecha que debe entenderse es la de 15 de mayo de 2007, habiéndose producido un simple error material que no puede inducir a confusión alguna, no procede una rectificación formal y expresa.

Previa exposición de lo que se entiende como "hechos objeto de debate", el escrito de recurso entra expresamente en los motivos de recurso. En la ordenación de éstos no se advierte una sistematización y separación nítida de las cuestiones atinentes al juicio histórico, a la valoración de la prueba que ha llevado al establecimiento de hechos probados, y, por otro lado, las que tienen que ver con la calificación jurídica. El apartado relativo a los motivos de recurso se estructura en siete subapartados y si bien los dos primeros se refieren a las cuestiones apuntadas, los siguientes se refieren a otras cuestiones sobre las cuales la parte apelante muestra su desacuerdo con el tratamiento dispensado en la sentencia. A salvo la cuestión relativa a la responsabilidad civil, el resto tiene, sin duda, implicaciones tanto en lo que se refiere al establecimiento de hechos probados como en su apreciación como constitutivos de delito, razón por la cual serán analizados conjuntamente con la impugnación principal por estos motivos.

Es de resaltar, por un lado, la conformidad con buena parte de las cuestiones de hecho de las que parte la sentencia, centrándose la discrepancia en la interpretación de aquéllas y en su aptitud para integrar los elementos del delito que ha sido apreciado. Por otro lado, en un supuesto de la naturaleza del enjuiciado, no cabe duda de que la prueba destinada a tener un valor mayor es la documental en la que queda constancia de la actuación administrativa.

**SEGUNDO.-** No está de más, para abordar la valoración de la prueba de instancia, partir del establecimiento de los hechos que la juzgadora estima acreditados y que son los que

siguen a continuación.

1. El denunciante José María Zárate Bustinza presentó en el Ayuntamiento de Zamudio el día 3 de octubre de 2006 una solicitud de concesión de licencia de obras a ejecutar en su caserío sito en Oxinaga Auzoa nº 6 de la localidad, solicitud que no fue objeto de acuerdo expreso por parte de la entidad local.

2. Por tal motivo, entendiendo que dicha licencia le había sido otorgada por silencio administrativo positivo en aplicación de la normativa vigente, acometió las obras que entendió autorizadas.

3. Ante esta situación, la acusada, en el ejercicio de su actividad como Alcaldesa-Presidenta del citado Ayuntamiento, dictó en fecha 24 de mayo de 2007 un Decreto ordenando la suspensión de las obras y la retirada de lo ya realizado, advirtiéndole de que, caso de no llevarlo a cabo el denunciante, lo haría el propio Ayuntamiento con carácter subsidiario; igualmente concedía un plazo de cinco días, sin especificar la naturaleza de su cómputo, para que José María Zárate Bustinza procediera a regularizar la falta de autorización y licencia.

4. El día 30 de mayo, cuando aun no había transcurrido el plazo fijado en el mismo Decreto, convocó a la Comisión de Urbanismo del Ayuntamiento, en cuyo seno y a su instancia se ratificó el Decreto y se acordó proceder a la demolición de la obra, lo que tuvo lugar el día siguiente.

5. La demolición se llevó a efecto a pesar de que la acusada había sido advertida telefónicamente a través de una funcionaria del Ayuntamiento y del Jefe de Operaciones del Grupo I de la Comisaría de Erandio de la Ertzaintza de que el denunciante, a través de su Letrado, había interpuesto recurso contencioso administrativo contra el reiterado Decreto, solicitando además como medida cautelarísima la suspensión de su contenido, dictándose por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Bilbao diligencia de ordenación de fecha 31 de mayo de 2007 en la que se hacía constar que la Administración demandada no podía llevar a efecto la ejecución recurrida hasta que por el Juzgado se resolviera el incidente, diligencia que fue notificada al Ayuntamiento esa misma mañana, si bien ya se había llevado a efecto la demolición.

No constituyen, evidentemente, la totalidad de los hechos que figuran en el relato y tampoco los que se estiman merecedores de la norma penal. Se ha procurado extractar y presentar estos hechos del modo más aséptico posible eliminando las connotaciones que permiten la incardinación en el precepto penal aplicado, a fin de destacar que, en líneas generales, no existe controversia en torno a estos puntos.

En efecto, en el apartado mencionado del escrito de recurso destinado a efectuar una "síntesis" de los hechos objeto de debate viene a reconocerse la realidad de lo sucedido, si bien, como es lógico, su interpretación a lo largo de todo el escrito difiere radicalmente de la de la sentencia.

El denunciante solicitó en el mes de octubre de 2006 licencia para una obra a ejecutar en su caserío consistente en la colocación de traviesas como postes con una altura de noventa centímetros con una función delimitadora de terreno y también para la construcción de un bordillo de cincuenta centímetros de anchura que discurría paralelamente a la casa de aperos, para uso peatonal. Las obras fueron acometidas en el mes de mayo de 2007, una vez que transcurrió el plazo legal correspondiente para estimar producido un otorgamiento por silencio administrativo. Se reconoce en el escrito de recurso que el Sr. Zárate presentó con fecha 21 de mayo de 2007 un escrito en el Ayuntamiento afirmando la regularidad de su proceder por haber obtenido la licencia de este modo. No puede lógicamente cuestionarse la existencia y contenido del Decreto dictado tres días después acordando la paralización de la obra.

Resulta igualmente relevante partir de lo que igualmente se admite en el mismo apartado en relación con la "intervención de la Alcaldesa después de dictarse el Decreto de 24 de mayo". La ejecución se planeó para el día 31. El día anterior se solicitó la colaboración de los efectivos de la comisaría de Erandio. El mismo día 31 la acusada fue informada en el modo que se establece en el relato de hechos de la interposición del recurso contencioso administrativo con solicitud de paralización de la demolición acordada, ordenando, pese a ello, proseguir con el derribo. Una vez ya se había producido éste, llegó a conocimiento del Ayuntamiento la resolución por la que se ordenaba la no ejecución del Decreto impugnado a expensas de lo que se decidiera sobre la solicitud de paralización. No es esto último objeto de controversia porque la sentencia no declara probado que la acusada ordenara la demolición previa notificación formal de lo acordado por el Juzgado y expresamente manifiesta que la diligencia se notificó en el Ayuntamiento de Zamudio después de que aquélla se llevara a efecto.

**TERCERO.-** La sentencia califica la actuación seguida por la acusada en el modo que le permite deducir la consecuencia punitiva: actuó a sabiendas de su manifiesta ilegalidad desde el punto de vista de la normativa urbanística y de forma arbitraria tanto al dictar el Decreto de 24 de mayo de 2007 como al convocar la Comisión de Urbanismo y ordenar la demolición de la obra pese a conocer la interposición de demanda contencioso administrativa.

Frente a esta valoración, el escrito de recurso gira insistentemente sobre la misma idea. La imputada, se dice, actuó en la firme convicción de que la licencia solicitada por el Sr. Zárate era de imposible concesión, al afectar a dominio público (de uso público, camino vecinal colindante, espacio público y un sinfín de expresiones más se utilizan en el mismo sentido), lo cual constituía soporte suficiente del Decreto de Alcaldía mencionado. A esta argumentación se añade que la obra acometida por el denunciante ocasionaba trastornos en el tránsito normal por el camino vecinal de vehículos que debían abastecer a otros vecinos para concluir que en todo momento "la condenada obraba sin ánimo delictivo, en la certeza de que la ley le obligaba a actuar como lo hizo". Se admite el error en cuanto al cómputo de los días concedidos para el derribo de las estacas, ignorándose que debía tratarse de días hábiles, pero subraya que estamos ante "una cuestión penalmente intrascendente porque ante la ocupación del espacio público se debe recobrar el mismo sin señalamiento de plazo para con el ocupante".

Esta última alegación nos pone en disposición de analizar las irregularidades administrativas detectadas en la actuación de la alcaldesa que le reprocha la sentencia apelada.

La primera de las infracciones consistió en poner en marcha toda la actuación administrativa a la que se ha hecho referencia sin tener en cuenta que el denunciante ya había instado con anterioridad la concesión de licencia para las obras a realizar. No puede considerarse la acusada ajena al conocimiento de toda esta situación cuando, como expresamente se dice en el escrito de recurso, el Sr. Zárate había presentado tres días antes del Decreto un escrito explicando la razón de su proceder y cuando, como también se dice, el día 15 de mayo anterior la propia acusada le había requerido para tapar los agujeros y restituir el terreno a su estado anterior, todo lo cual demuestra que estuvo personalmente al tanto de todas las vicisitudes relativas a la obra, incluidos los antecedentes que de la misma existían en el Ayuntamiento.

Naturalmente, la alegación de la defensa en este punto se refiere a la irrelevancia de la solicitud que no fue contestada a la luz de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que impide la adquisición vía silencio administrativo de facultades relativas al dominio público. Interesa destacar en este lugar simplemente que se optó por una vía, la del Decreto, contradictoria con los antecedentes obrantes en el propio Consistorio en relación con las obras. Si ya existía una petición de licencia registrada en el mes de octubre de 2006, no se comprende por qué se instaba al denunciante a regularizar la situación. El fundamento de la paralización y

de la orden de retirada de la obra que se acordaba en el Decreto residía en la realización de las obras sin la obtención de los permisos pertinentes, no en la pertenencia al dominio público del terreno afectado por aquéllas.

En segundo lugar, se advierte en la actuación de la acusada una deficiencia básica, como es desencadenar toda la actuación administrativa que comienza con el Decreto de 24 de mayo y culmina con el derribo de la obra sin contar con los informes jurídico y técnico, cuestión ésta que no es controvertida en el escrito de recurso. Evidentemente, no basta con una simple comunicación verbal que no pasa de ser un simple cambio de impresiones. Se requería un mínimo análisis de todas las cuestiones relativas a la naturaleza de la obra y sus implicaciones jurídicas que no se efectuó, lo que no constituyó traba alguna a la actuación de la acusada.

Como explica la sentencia, esta actuación administrativa previa resulta preceptiva (art. 210.4 de la Ley 2/2006, de 30 de junio del País Vasco, de Suelo y Urbanismo y 4.2 del R.D. 2187/1978, de 23 de junio por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana) en toda solicitud de licencia por obras menores en materia de urbanismo. No puede por menos que concluirse que, con mayor razón, se requería contar con ese asesoramiento previo para dictar la orden que contenía el Decreto y llevar a efecto su contenido contra cualquier obstáculo que lo pudiera impedir.

Y es que, en efecto, no sólo por los precedentes sino en virtud de lo que vino después todo apunta al carácter del reiterado Decreto como una simple cobertura formal de lo que no puede calificarse sino como una vía de hecho. No se entiende de otro modo que, en tercer lugar, se pusieran al denunciante unas condiciones para legalizar la situación creada al margen de las establecidas en el ordenamiento jurídico. El artículo 221.2 de la mencionada Ley 2/2006, que se transcribe en la resolución apelada, establece el plazo de un mes para la legalización de la obra emprendida sin la debida autorización administrativa. La alusión a un plazo de cinco días, sin especificación alguna sobre su cómputo, necesariamente ha de ser calificada como una decisión arbitraria.

En la misma línea cabe inscribir, en cuarto lugar, el hecho de que la acusada ni siquiera dejase transcurrir el plazo fijado en el mismo Decreto. Según establece el artículo 48.1 de la Ley 30/95, del cómputo de los plazos administrativos se excluyen con carácter general los días inhábiles, domingos y festivos. Lo mismo que sucede con el mes de regularización de las actuaciones sin licencia, no estamos ante una norma excepcional o de conocimiento limitado. En el Decreto no se establecía ninguna excepción y



el plazo, mediando un domingo y un festivo, no había transcurrido cuando el día 30 de mayo se reunió a la comisión de urbanismo y tampoco el día siguiente cuando se procedió a la demolición. No es de recibo la ignorancia de la naturaleza del cómputo que se alega en el escrito de recurso.

Y no sólo no es de recibo sino que razonablemente ha de interpretarse que, siguiendo con el análisis de toda la actuación seguida, a la acusada poco le importaba si los días inhábiles estaban o no incluidos en el cómputo. Es razonable suponerlo si se tiene en cuenta, en quinto y último lugar, que a la acusada no la detuvo ni siquiera la constancia, anterior a la ejecución de la demolición ordenada, de que el asunto había sido ya objeto de judicialización.

Como se admite expresamente en el escrito de recurso, la existencia de la demanda presentada ante el Juzgado de lo Contencioso impugnando el Decreto y solicitando la suspensión de su ejecución fue puesta en conocimiento de la acusada antes de que fuera materializada la demolición. Se trató, con toda evidencia, de su última oportunidad para reflexionar y establecer un alto en el camino emprendido con el Decreto, oportunidad que despreció.

No puede concederse relevancia a la circunstancia de que no llegara ninguna comunicación oficial del Juzgado ordenando la paralización de la demolición ordenada. Habiendo presentado ya la solicitud de licencia de obras, al denunciante no le quedaba otra salida que la demanda judicial. El conocimiento de ésta por parte de la acusada era prácticamente equivalente a la regularización que se le exigía. Sabía de la presentación de la licencia y, por tanto, no podía sorprenderle que la cuestión se desplazara al ámbito judicial del que cabía esperar, en primer lugar, un pronunciamiento sobre la solicitud de paralización. Lo razonable era esperar a la decisión del Juzgado.

La Diligencia de Ordenación del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 4 de Bilbao no perseguía otra finalidad que la de poner en conocimiento del municipio la incoación del procedimiento. Puesto que éste llegó por otras vías, carece igualmente de trascendencia cualquier debate como el que propone el escrito de recurso acerca de los defectos formales de una resolución de tan limitado alcance. Es evidente que ninguna incidencia tuvieron tales defectos en la actuación de la acusada, que ordenó la demolición antes de recibir la notificación por escrito.

La demolición, previa la urgente convocatoria de la Comisión de Urbanismo para la ratificación del Decreto, el oficio a la fuerza policial para el día siguiente y la orden final de ejecución de las obras de demolición pese a la constancia del procedimiento judicial, no puede verse, en definitiva, sino como el corolario de una decisión, en primer

lugar, tomada al margen de la normativa administrativa y, en segundo lugar, ejecutada soslayando a todo trance el riesgo de que el órgano judicial mencionado lo impidiera.

**CUARTO.**- Dando por reproducidas aquí las consideraciones de la sentencia apelada desarrollando la líneas jurisprudenciales del delito de prevaricación del artículo 404 CP, hemos de afirmar que sin duda concurren los elementos necesarios para su aplicación a la conducta de la encausada. Su actuación en contra de los intereses del denunciante no respetó la actuación diligente por parte de éste, la propia actuación del municipio, la normativa administrativa y, finalmente, la potestad jurisdiccional una vez que la acusada tuvo constancia de la judicialización de la controversia. Se trata de una actuación arbitraria que excede los contornos de la simple irregularidad administrativa.

Hemos de volver aquí a la reiterativa alegación del escrito de recurso. Señala la defensa que la acusada tenía la obligación de recuperar el dominio público, que sí hubiera incurrido en prevaricación de permitir la ocupación del vial en el que se realizó la obra.

No es éste obviamente el marco procedimental en el que discutir la naturaleza y alcance de los derechos que pudieran pertenecer sobre el terreno al Ayuntamiento y a los propietarios de las fincas colindantes. La defensa sostiene en el escrito de recurso que el denunciante colocó sus estacas en un camino vecinal fuera de los límites de su propiedad. La acusación particular, por su parte, alega que los sucesivos asfaltados del camino han ido invadiendo poco a poco la propiedad del Sr. Zárate, excediendo el límite de 2,5 metros de anchura del camino a que se refiere el inventario de bienes municipales (1), que las zapatas de sustento de las estacas fueron colocadas por debajo del asfalto (2) y que en su punto más cercano dichas zapatas, y más las propias estacas, se encuentran fuera del límite de los 2,5 metros de anchura señalados (3), por todo lo cual no existe invasión de vial, camino o suelo público alguna.

La cuestión es compleja. Se encuentran implicados, además de los del Ayuntamiento, los intereses de los dueños de las fincas colindantes, ofreciendo una dificultad añadida para la solución del problema el uso que ha venido haciéndose del camino, pues si bien parece que el mismo da acceso a los servicios que han de llegar a otros vecinos del lugar, el denunciante se queja de los daños producidos en su propiedad por parte de los vehículos de gran tonelaje que transitan por él, habiendo puesto en conocimiento del Ayuntamiento el problema y sin haber obtenido ninguna solución, e igualmente de que el problema se agrava por la invasión del camino que se produce por el cierre de su finca por parte de otro vecino y la invasión de aquél por las ramas procedentes del arbolado

de ésta.

Sobre todas estas cuestiones ha girado buena parte de la prueba practicada de carácter personal, entendiendo la Sala, no obstante, que se trata de cuestiones periféricas y en modo alguno decisivas en la valoración de la conducta de la acusada; en otras palabras, no puede pretenderse apurando la valoración de una prueba de esta naturaleza llegar a la conclusión de la existencia de circunstancias que disculpan aquélla o que dispensaban el cumplimiento de las más elementales formalidades legales.

Lo que interesa destacar es que no estamos, pues, ni mucho menos, ante una situación palmaria en cuanto a la titularidad pública del terreno afectado por la obra acometida por el denunciante. Ni a lo largo del procedimiento ni en el escrito de recurso se aporta argumento alguno por el que debamos llegar a la conclusión que se pretende.

Si el Ayuntamiento, con la acusada a su cabeza, estimaba que sus derechos dominicales sobre el terreno podían estar comprometidos, nada más fácil que tramitar la licencia solicitada y denegarla por los motivos apuntados o bien concederla de modo condicionado al cumplimiento de las exigencias que estimara pertinentes. En ese primer momento no se hizo nada. Hubo un segundo momento en el que se actuó, cuando se tuvo conocimiento del inicio de las obras. El día 15 de mayo de 2007, la acusada remitió un escrito al denunciante requiriéndole para tapar los agujeros realizados en el plazo de diez días. Con posterioridad, con entrada en el registro el 21 de mayo, el Sr. Zárate presentó en el Ayuntamiento un escrito explicando las razones de su proceder, haciendo alusión a la presentación anterior de licencia y a la concesión por silencio administrativo. El tercer momento fue el del Decreto, posterior a esta comunicación y a la prosecución de las obras.

En ninguno de esos momentos se esgrimió como razón de la oposición municipal a la obra y como fundamento de la demolición la ocupación de suelo público. La prueba más evidente es que el Decreto de 24 de mayo concedía el plazo de cinco días "para que proceda a la regularización de la falta de autorización y licencia para la actuación indicada", mención que no se entiende si la postura del Ayuntamiento era que se trataba de un camino público y en consecuencia no procedía la concesión de una licencia que, además, ya había sido solicitada.

El argumento insistente del escrito de recurso se esgrime, pues, una vez se inicia el procedimiento penal, no habiendo aparecido en la actuación administrativa de que se tiene constancia con anterioridad a la denuncia, actuación que desmiente la motivación que se alega.

Además de todo lo anterior, aun cuando la conducta de la acusada hubiera estado guiada por esa convicción, resulta evidente que la pretendida satisfacción del interés general no exime del cumplimiento por parte de la autoridad local de las más elementales exigencias que, conforme a todo lo anteriormente dicho, no fueron observadas. Constituye un argumento contundente finalmente que se justifique toda la actuación seguida en el modo indicado cuando no consta en relación con este punto, como tampoco en relación con la licencia, ningún informe técnico jurídico destinado al esclarecimiento de esta cuestión.

En definitiva, volviendo a la conclusión anterior, la secuencia de hechos que condujeron al derribo no puede ser valorada sino como una actuación al margen de cualquier impedimento legal o judicial que pudiera suscitarse, debiendo descartarse su presentación como una actuación legitimada por el cumplimiento de una exigencia de interés general. El Decreto y los trámites para su ejecución constituyeron la excusa o el ropaje con el que la acusada pretendió dar una apariencia de legalidad a la actuación con anterioridad a la demolición y la alegación del interés público o del bien de dominio público constituye la justificación que se pretende mostrar a *posteriori*, dando lugar a tesis en ambos casos rechazables. No puede eludirse, pues, el carácter doloso que precisa la aplicación del tipo del delito de prevaricación y que la defensa impugna.

Restan dos cuestiones en este punto relativo a la calificación jurídica. En primer lugar, pese a que en el escrito de recurso se denuncia, punto II, indebida aplicación de los artículos 404 y 74.1 del Código Penal, lo cierto es que no encontramos una impugnación expresa de la apreciación de la continuidad delictiva.

En segundo lugar, ha de salirse al paso de lo que el escrito de recurso plantea cuando se cuestiona la trascendencia de la prevaricación cuando se trata de un asunto menor. Manifiesta en efecto aquél que la retirada de nueve traviesas es de ínfima entidad en sí y en sus consecuencias, invocando el principio de mínima intervención del Derecho Penal.

No sirve, desde luego, el precedente que se alega, que no se refiere a la entidad de la irregularidad sino a la nimiedad de una infracción en relación con el objeto, en aquel caso, de la actuación administrativa, en concreto a un exceso de edificación de 6,08 metros cuadrados. La alegación no tiene mayor desarrollo que la invocación de este precedente y del principio mencionado, lo cual dispensa de un mayor análisis. No está de más señalar, sin embargo, que la aplicación del artículo 404 no puede dejarse al albur de la interpretación de lo que en cada caso se decida como de mayor o menor envergadura. En este caso está implicada la situación

particular de un vecino que tiene derecho a demandar, como cualquier otro, en vía administrativa y judicial, contenciosa o penal, que la actuación de la entidad local en lo que a él le concierne se ajuste a la legalidad vigente, situación merecedora de tutela en este procedimiento a la vista del cúmulo de irregularidades que han sido destacadas, como lo fueron, por ejemplo, los supuestos a los que se refieren las resoluciones del Tribunal Supremo citadas por la contraparte en su escrito de impugnación

**QUINTO.-** Resta por examinar la impugnación relativa a la responsabilidad civil. Alega el escrito de recurso que no se puede condenar a pagar una indemnización con base en unos daños que no han quedado acreditados puesto que no hay factura o equivalente, "no hay un documento mercantil que acredite que el importe devengado es el que aparece en el presupuesto".

La cuestión de la acreditación de la magnitud del daño no ha sido objeto de mayor análisis en la sentencia apelada por la sencilla razón de que en su momento no fue una cuestión controvertida. Prescindiendo del hecho de tratarse, pues, una cuestión en cierto modo introducida en la apelación como cuestión nueva y también de la falta de controversia a lo largo de todo el expediente administrativo y judicial en relación con este punto, en primer lugar, ha de apreciarse que no puede cuestionarse por el motivo que apunta el escrito de recurso el daño causado. En segundo lugar, no es imprescindible ni exigible, mucho menos en un asunto de la naturaleza que nos ocupa, la reparación efectiva del daño con anterioridad a la reclamación. Reprochar la falta de factura viene a ser lo mismo que reprochar al denunciante no haber acometido la obra nuevamente después del derribo, lo cual, evidentemente, no es de recibo. En tercer lugar, en relación con el valor probatorio del documento en sí, aparte la falta de cuestionamiento anterior, nada hay que oponer al criterio de la juzgadora dándolo por bueno en tanto no se aprecia ningún motivo por el que recelar sobre la acomodación a la práctica de las cantidades consignadas, ni por razón de la procedencia del presupuesto ni por su contenido.

La sentencia ha de ser, por tanto, plenamente confirmada.

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas de la apelación. No ha lugar a acoger la pretensión de la parte apelante en cuanto a las costas de la apelación, puesto que no se aprecia en la impugnación la temeridad, mala fe o carencia absoluta de fundamento que lo permitiría.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación dentro de la legislación orgánica,

procesal y penal,

**FALLAMOS**

Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Sorkunde Ayarza Begoña contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2010 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Bilbao en la causa de Procedimiento Abreviado 66/10, antecedente del presente Rollo de Apelación 589/10, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la mencionada resolución, declarando de oficio las costas de la apelación.

Contra la presente resolución no cabe la interposición de recurso de carácter ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta sentencia, de la que se unirá la pertinente certificación al rollo, juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido pronunciada, leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha, doy fe.