

**JUZGADO DE LO PENAL N° 3
DE BILBAO (BIZKAIA)**

BILBAO (BIZKAIA)
Teléfono: 94-4016472
Fax: 94-401.66.29

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA
29 JUN 2010
BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

N.I.G: 48.04.1-07/027117
Proced.abreviado 66/10 SECCIÓN:
Atestado n°:
Hecho denunciado: PREVARICACION

Juzgado de Procedencia: Jdo.Instrucción n° 7 (Bilbao)	Contra: SORKUNDE AIARZA BEGOÑA Procurador Sr./Sra: ALBERTO ARENAZA ARTABE Letrado Sr./Sra: MONTERO ZABALA, JOSE MARIA
Procedimiento Origen: Proced.abreviado 34/09	

SENTENCIA N ° 213/10

En BILBAO (BIZKAIA), a treinta y uno de mayo de dos mil diez

La Iltma. Sra. D^a GUADALUPE DIEZ BLANCO, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal n° 3 de Bilbao, habiendo visto la presente CAUSA N° 66/10 procedente del Juzgado de Instrucción n° 7 de Bilbao, Procedimiento Abreviado n° 34/09, seguido por un delito continuado de PREVARICACION contra SORKUNDE AIARZA BEGOÑA nacida en Bilbao (Bizkaia), el 27 de julio de 1971, hija de José Ignacio y María Arantzazu, con DNI n° 30.648.714, y sin antecedentes penales, representada por el Procurador D° Alberto Arenaza Artabe y defendido por el Lto. D° José María Montero Zabala; en calidad de Acusación Particular José María Zárate Bustinza representado por la Procuradora D^a Isabel Mardonez Cubillo y asistido por el letrado D° José Angel Esnaola Hernández; siendo parte acusadora, el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de denuncia presentada ante el Juzgado de Instrucción

de Bilbao, en funciones de Guardia el día 1 de junio de 2007, tramitado como Diligencias Previas en el Juzgado de Instrucción nº 7 de Bilbao, por un presunto delito de prevaricación.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal calificó provisionalmente los hechos como constitutivos de un delito continuado de prevaricación, previsto y penado en los artículos 404 y 74 del Código Penal, de los hechos responde la acusada en concepto de autora (art. 28 del C.P.), no concurriendo en la misma circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitando imponer a la acusada la pena de 9 años de inhabilitación para empleo o cargo público y costas.

Posteriormente, en el acto del Juicio Oral, el Ministerio Fiscal elevó sus conclusiones, a definitivas.

TERCERO.- La defensa de la acusada en su escrito de calificación provisional, aportó su propio relato fáctico y solicitó la libre absolución de su defendida.

Posteriormente, en el acto de juicio oral, la defensa de la encausada elevó sus conclusiones a definitivas.

CUARTO.- El letrado de la acusación particular, en su escrito de acusación, aportó su propio relato fáctico y calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal en relación con el artículo 74 de dicha norma legal, y solicitando imponer la pena de inhabilitación especial por tiempo de 9 años para todo cargo o empleo público, electivo o no, con pérdida definitiva de los que ya tuviera e incapacidad para obtenerlos durante el tiempo de la condena. Todo ello además con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y el pago de las costas procesales incluida el de esta acusación.

En concepto de responsabilidad civil procede imponer en primer lugar a la acusada la obligación de reponer, a su costa, las obras realizadas por mi mandante a su estado anterior a la fecha de la demolición. Además de lo anterior deberá indemnizar a mi poderdante, como compensación por los daños morales sufridos, en la cantidad de 12.000 euros.

Posteriormente, en el acto de juicio oral, la acusación particular modificó sus conclusiones: declarar la nulida del Decredo de 24 de mayo de 2007 y la orden verbal de demolición, indemnización de 2.000 euros, se suprime la indemnización por daños moral y que se remita testimonio de la sentencia al Ayuntamiento de Zamudio a efecto de la legislación urbanística aplicable, elevando el resto de

conclusiones a definitivas.

HECHOS PROBADOS

Probado y así se declara que la acusada Sorkunde Aiarza Begoña, con DNI n° 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 n° 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 9.1.5° y 7°.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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos enjuiciados y declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de prevaricación art. 404 y 74 CP.

A este respecto cabe señalar, conforme a la más reciente jurisprudencia, que los requisitos de este delito se pueden resumir en cuatro fundamentalmente:

a) Que el sujeto activo, sea una autoridad o un funcionario Público, según la definición del art. 24 CP (delito especial propio).

b) Que la resolución dictada se repute contraria a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas más esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.

c) No basta que sea contraria a derecho (el control de legalidad Administrativa corresponde al orden Contencioso-Administrativo) para que constituya delito se requiere que sea injusta, lo que supone un "plus" de contradicción con el derecho. Es preciso que la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa". El art. 404 CP ha puesto el acento en el dato más objetivo y seguro de la arbitrariedad.

d) Se requiere, por último, que actúe a sabiendas lo que no solo elimina la posibilidad de comisión culposa sino también seguramente la comisión por dolo eventual (SS 19/oct/2000, 22/sep/2003).

El Tribunal Supremo ha advertido (S. 7/ene/2003) de la dificultad que comporta la delimitación de la línea

fronteriza entre la ilicitud administrativa y la penal, y que con la Jurisdicción penal no se trata de sustituir, desde luego, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor revisora y de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos límite en los que la posición de superioridad que proporcionaba el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración Pública en un injustificado abuso de poder, no bastando, pues, con la contradicción con el derecho (S. 5/mar/2003). Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así, en efecto, de una contradicción patente y grosera (S. 1/abr/96), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, (SS. 16/may/92, 22/mar/94) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (S. 10/may/93).

En todos estos casos (S. 2/abr/2003), es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad de la autoridad o del funcionario. Esta casuística cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, fundada en un método hermenéutico aceptable, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la Ley penal, que contingentemente la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho.

Otras sentencias del Tribunal Supremo, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público.

Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una

injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, (SS. 18/may/99, 10/dic/2002), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (S. 23/oct/2000).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (S. 23/sep/2002), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (S. 17/may/2002) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (S. 25/ene/2002). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

De la prueba practicada se desprende que la actuación de la acusada supera el ámbito de la irregularidad administrativa para integrarse en el tipo penal de la prevaricación.

Y es que las resoluciones dictadas por la Alcaldesa-Presidente del Municipio de Zamudio adolecen de múltiples irregularidades.

La acusada, en el ejercicio de sus funciones como Alcaldesa-Presidente del Municipio de Zamudio dictó el día 24 de Mayo de 2007 Decreto con n° de referencia L.06-163-048 por el que se acordaba al inmediata paralización de los trabajos ya instalados por el denunciante José María Zárate Bustinza en terrenos de su propiedad por carecer de licencia, y concediéndole un plazo de cinco días para la regularización de la falta de autorización y licencia tal y como previene el art. 184 de la Ley del Suelo de 1.976, decreto notificado al interesado el mismo día (folios 126 y 126 vuelto de las actuaciones).

Dicho Decreto se amparaba en el R.D. 1346/1976 de 9 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbano, que, sin embargo, no estaba en vigor en el momento en que se dictó el Decreto de fecha 24 de Mayo de 2007, al estar derogado por la Ley 2/2006 de 30 de Junio de Suelo y Urbanismo del País Vasco. Y lo cierto es que la acusada ignoró la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuyo art. 42.1 establece que "La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación", cosa que no hizo, no siendo hasta el 15 de Mayo de 2008 en que la acusada requiere al denunciante para que en un plazo

máximo de 10 días proceda a tapar los agujeros realizado sen el vial, dejándolos en las mismas condiciones en las que se encontraban (folio 116 de las actuaciones).

Dicha solicitud de licencia de obras menores por parte de José maría Zárate Bustinza no fué infomada ni por los servicios técnicos municipales ni por los servicios jurídicos del Ayuntamiento tal y como exige la legislación urbanística contenida en el art. 210.4 de la Ley 2/2006 de 30 de junio ya citada que establece que "con carácter previo al otorgamiento de licencia, se emitirá por los servicios municipales informe preceptivo sobre la conformidad de la licencia solicitada a la legalidad urbanística" y en el art. 4.2 del Real Decreto 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 que establece que en todo expediente de concesión de licencia constará informe técnico y jurídico, cuando la entidad otorgante cuente con los servicios correspondientes o le sea posible contar con los de la entidad comarcal o metropolitana en que esté integrada. Si la Diputación Provincial tuviese establecido servicio de asistencia urbanística a los municipios, podrá solicitar el Ayuntamiento informe del mismo, si no contase con servicios técnicos o jurídicos propios.

Y ante ésta pasividad por parte del Ayuntamiento, el denunciante entendió, asesorado por su letrado que dicha licencia había sido otorgada por silencio administrativo positivo tal y como se desprende del Decreto de 17 de Junio de 1995 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuyo art. 9.1.5 establece que Las licencias para el ejercicio de actividades personales, parcelaciones en sectores para los que exista aprobado plan de urbanismo, obras e instalaciones industriales menores y apertura de pequeños establecimientos habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de un mes, y las de nueva construcción o reforma de edificios e industrias, apertura de mataderos, mercados particulares y, en general, grandes establecimientos, en el de dos, a contar de la fecha en que la solicitud hubiere ingresado en el registro general así como por el art. 210.5 de la Ley 2/2006 de 30 de junio que establece que la resolución denegatoria deberá ser motivada, con referencia explícita a la norma o normas de la ordenación territorial y urbanística, o de otro carácter, con las que el acto, la operación o la actividad sometida a licencia esté en contradicción.

Y así lo hizo saber a la acusada el propio denunciante como se desprende de la prueba documental obrante a los folios 119 a 123 de las actuaciones.

Se alega por la defensa que la licencia instada por el denunciante era de imposible concesión por afectar a suelo de uso público, siendo, por tanto, una excepción al silencio administrativo positivo de conformidad con lo establecido en el art. 43.1 párrafo 2 de Ley 30/1992, de 26 de Noviembre de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece que "Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo".

Sin embargo debe entenderse que dicha alegación se efectúa a los meros efectos exculpativos, toda vez que no ha quedado en absoluto acreditado que las obras realizadas interferían en un camino público ó que eran de cierre de finca, ya que no consta en el expediente administrativo incorporado a las actuaciones informe jurídico ó técnico en tal sentido. Así, el testigo Javier Argatxa Aurrecoechea, aparejador Municipal del Ayuntamiento de Zamudio manifestó en el acto de la vista oral que "no sabía" si informó en el expediente administrativo que ahora nos ocupa, pero lo cierto es que no consta en dicho expediente ningún informe emitido por el citado aparejador municipal en el que haga constar que las obras realizadas por el denunciante invadían un camino público ó que se tratase de cierre de finca. En todo caso, como se ha expuesto, no consta en el expediente administrativo ningún informe técnico ni jurídico en relación a la solicitud de licencia del denunciante, lo que evidencia un claro desprecio por parte de la acusada a los más mínimos y esenciales trámites del procedimiento legalmente establecido en materia de concesión de licencias de obras menores, y más aún cuando la propia acusada en fase sumarial debidamente asistida de Letrado y con todas las garantías constitucionales (folios 86 a 92 de las actuaciones) manifestó que "conoce el procedimiento de concesión de licencia de obras".

El testigo José Ignacio Arberas Mendiguren, Secretario del Ayuntamiento de Zamudio desde Abril de 1990 manifestó tanto en fase sumarial (folios 485 a 488 de las actuaciones), como en el plenario que no tuvo ninguna intervención en el procedimiento administrativo, ignorando si la alcaldesa "pidió informe a otra persona", manifestando asimismo desconocer si hubo algún informe de arquitecto ó aparejador sobre la obra realizada por el denunciante.

Las propias Normas Subsidiarias de Planeamiento del Municipio de Zamudio exigen en su art. 55 en relación al procedimiento abreviado para las licencias de obras menores que una vez admitido a trámite el expediente, será sometido a informe de los técnicos municipales y previo dictamen de la comisión informativa que corresponda, será resuelto

directamente por el Alcalde-Presidente ó concejal en quien delegue. Y como se ha expuesto, ningún informe técnico ni jurídico consta aportado al expediente administrativo.

El Decreto de 24 de Mayo de 2007 se encabeza con la expresión "visto el informe de los servicios municipales-", cuando en realidad no consta en el expediente informe alguno.

Como se ha expuesto, se alega por la defensa que José María Zárate Bustinza solicitó licencia para el cierre de su finca, y que llevó a cabo dicho cierre, por lo que las obras eran ilegalizables conforme al art. 124 de las Normas Subsidiarias del Municipio de Zamudio vigente en la fecha de los hechos. Sin embargo, desde una estrategia defensiva a ultranza, tal posicionamiento puede comprenderse aunque esté abocado al fracaso, porque no es esto lo que se desprende de las actuaciones. En efecto, de la documental obrante al folio 113 de las actuaciones se desprende que José María Zárate Bustinza solicitó licencia para hacer un estacado de delimitación de su finca (folio 113 de las actuaciones). Y de las fotografías obrantes en autos no se refleja cierre alguno de la finca propiedad del denunciante ó invasión de camino público. Y del presupuesto aportado al folio 114 de las actuaciones se desprende que la obra consistía en la colocación de traviesas y construcción de un bordillo, pero de dichas obras no se desprende cierre de finca.

A mayor abundamiento, el propio Decreto de la Alcaldesa de fecha 24 de Mayo de 2007 dice literalmente en el apartado dispositivo primero "-por carecer de licencia y autorización para los extremos de la indicada obra que afectan a la delimitación de la finca". En ningún caso en el citado Decreto se recoge cierre alguno de finca. Por otro lado, no se alcanza a comprender si, como dice la defensa, las obras eran ilegalizables por tratarse de cierre de finca y de conformidad con lo establecido en el art. 124 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del Municipio de Zamudio, sea el propio Decreto de 24 de Mayo de 2007, el que establezca un plazo de cinco días para la regularización de la falta de autorización y licencia como así se desprende de la parte dispositiva segunda del citado Decreto. Es evidente la contradicción en la que incurre la defensa.

Pero es que incluso antes de comenzar a ejecutar las obras posteriormente demolidas, el denunciante comunicó a la Alcaldesa por escrito de fecha 21 de Mayo de 2007 (folio 119 de las actuaciones) que entendía concedida la licencia de obras menores solicitada el día 3 de octubre de 2006 por silencio administrativo positivo de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y en el art. 210.5 de la Ley 2/2006 de 30 de Junio del Parlamento Vasco de Suelo y Urbanismo, aportando incluso el acusado el contenido de dicha legislación (folios 120 a 123 de las actuaciones).

Ello no obstante, como se ha expuesto, la Alcaldesa

dictó en fecha 24 de Mayo de 2007 Decreto por el que se acordaba la paralización de los trabajos iniciados y retirada de los ya instalados por carecer de licencia, procediendo en caso contrario el Ayuntamiento y de forma subsidiaria a la eliminación de los mismos. Asimismo dicho Decreto concedía un plazo de cinco días al denunciante para proceder a la regularización de la falta de autorización y licencia.

Nuevamente la acusada, de forma arbitraria y sin cobertura legal alguna, concedía un plazo de cinco días, sin ni siquiera mencionar si eran hábiles ó naturales, para la regularización de la falta de autorización y licencia. Y es que en ningún momento con anterioridad al acto de demolición, la acusada tramitó el oportuno expediente administrativo tal y como exigen los arts. 219 y siguientes de la tan repetida Ley 2/2006 de 30 de Junio dirigido a la posible legalización de la obra, a cuyo efecto, una vez decretada la suspensión, el interesado dispone del plazo de un mes para presentar solicitud de legalización. En efecto, el art. 221.2 de la ley 2/2006 establece que "Conocida por el ayuntamiento la existencia o realización de un acto o una actuación clandestina, el alcalde dictará la orden de suspensión, que será notificada a los propietarios del inmueble, emplazándoles, previo procedimiento, para que, si la actuación fuera en principio legalizable, en el plazo máximo de un mes presenten solicitud de legalización del acto o la actuación de que se trate, acompañada, en su caso, del proyecto técnico suficiente al efecto. A tal fin, se adjuntará a la notificación la información urbanística que deba tenerse en cuenta para la legalización".

En toso caso debía entenderse por la Alcaldesa que el plazo de cinco días concedido para la legalización de la falta de autorización y licencia son hábiles de conformidad con lo previsto en el art. 48.1 de la Ley 30/95 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que establece que "siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se señalen por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones. Puesto que el Decreto de 24 de Mayo de 2007 no hacía referencia a días naturales de forma expresa, debía enterderse que eran cinco días hábiles de conformidad con la citada norma.

Pero es que ni siquiera la Alcaldesa respetó dicho plazo de cinco días otorgado al acusado para la legalización de la falta de autorización y licencia, puesto que antes de transcurrir dicho plazo de cinco días (hábiles como hemos dicho), y siendo así que el día 27 era domingo y el día 28 de mayo era fiesta local en Zamudio, procedió a la demolición de la obra el día 31 de mayo de 2007, pero es que el día 31 de mayo de 2007 todavía era día hábil para la legalización de la falta de autorización y licencia.

El denunciante comunicó a la Alcaldesa el día 29 de

Mayo de 2007 que había interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de 24 de Mayo de 2007 solicitando en dicho recurso como medida cautelar la suspensión de la orden de demolición contenida en el Decreto de 24 de Mayo de 2007, tal y como se desprende de los folios 140 a 143 de las actuaciones. La propia acusada reconoce que tuvo conocimiento de tal circunstancia.

Consta en las actuaciones que por Diligencia de Ordenación de fecha 31 de Mayo de 2007 por la Sra. Secretario del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Bilbao se hace constar que según doctrina constitucional reiterada, una vez admitida a trámite la petición de medidas cautelares, la Administración demandada no puede llevar a efecto la ejecución hasta que por el Juzgado se resuelva el presente incidente (folio 332 de las actuaciones), diligencia de ordenación que fué notificada al Ayuntamiento de Zamudio por fax el mismo día 31 de mayo de 2007, día en que se produjo el derribo de las obras, a las 13.37 horas, tal y como se desprende al folio 336 de las actuaciones.

Y dicha diligencia de ordenación en modo alguno es una orden de suspensión de demolición de la obra como pretende hacer valer la defensa, sino que se trata de una notificación al Ayuntamiento relativa a que hasta que no se dicte por el Juzgado Auto resolviendo sobre la medida cautelar, la Administración no puede llevar a efecto la ejecución recurrida, es decir, con dicha diligencia de ordenación se recordaba al Ayuntamiento de Zamudio que pendiente la resolución de la pieza de medidas, el acto administrativo objeto de la misma no puede ser ejecutado.

La acusada en fase sumarial (folio 90 de las actuaciones) manifestó que pidió un informe en relación a si la solicitud de medida cautelar ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo suspendía la ejecución del acto administrativo, informe en el que se decía "que podía derribarlo pese a que se había solicitado una suspensión cautelar" Pero lo cierto es que no consta en el expediente tal informe, manifiestan el testigo José Ignacio Arberas Mendiguren, Secretario Interventor del Ayuntamiento de Zamudio, que en ningún momento la Alcaldesa ni otra persona pidió su opinión respecto al alcance de la medida cautelar de la demolición de la obra (folio 486 de las actuaciones). Tampoco consta que la acusada recabase informe de asesor jurídico externo en relación a tal extremo.

Pero es, además, consta al folio 525 bis de las actuaciones y así lo ratificó en el plenario el agente de P.A.V. con carnet profesional nº 2711, que incluso el día 30 de Mayo de 2007, día anterior a la demolición de las obras, la acusada solicitó a agentes de la P.A.V. la colaboración en aras a dar cumplimiento al Decreto de la Alcaldía, llegando a decir la acusada en dicho oficio que en vista de que el vecino no ha dado cumplimiento al citado Decreto, el Ayuntamiento va a proceder al ejercicio subsidiario de la resolución adoptada el día 31 de mayo de 2007 a las 9:00 HORAS.

Del contenido de las grabaciones telefónicas obrantes a los folios 540 y siguientes de las actuaciones, se desprende que la acusada fué advertida nuevamente de la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el que se solicitaba como medida cautelar la suspensión del acto administrativo y así la propia testigo Gotzone Aurre en el acto de a vista oral ratificó la conversación telefónica mantenida obrante al folio 549 de las actuaciones y en la que reconoce que habló con la Alcaldesa y "me ha dicho que la orden sigue para adelante".

En conclusión, el día 31 de Mayo aún era día hábil para cumplir la orden de la Alcaldesa en relación a la regularización de la falta de autorización y licencia, pese a lo cuál desde el día 30 de Mayo la acusada ya tenía ordenado el derribo para el día 31 de mayo, derribo que efectivamente se llevó a cabo.

El Auto de fecha 27 de junio de 2007 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Bilbao denegando la medida cautelar solicitada por el denunciante no es prueba de descargo, toda vez que dicha resolución deniega tal medida por cuanto el acto recurrido ya fué ejecutado (folios 419 a 423 de las actuaciones).

La testifical de la defensa, Luis Zuloaga Lopategui, Angel María Aizpitarte Uzkudun, Carlos Urriolabeitia Barayzarra y Juan María Lequerica Meabe, al afirmar que las estacas puestas por el denunciante no dejaban pasar camiones, así como los conflictos entre los vecinos por la extensión ó linderos de sus fincas no es prueba de descargo, toda vez que la legislación en materia de licencias es clara al respecto, por cuanto el art. 12 del Decreto de 17 de Junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece que las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero.

La documental aportada por la defensa al inicio de las sesiones de la vista oral consistente en certificación del Secretario del Ayuntamiento en la que se hace constar que el Decreto de 24 de Mayo de 2007 fué ratificado en fecha 30 de Mayo de 2007 por la Junta de Gobierno Local, conforme a propuesta unánime de la Comisión Informativa de Urbanismo, Obras y Servicios tampoco es prueba de de decargo, ya que dicha ratificación en modo alguno convalida la actuación arbitraria de la acusada en el expediente administrativo que nos ocupa.

No nos encontramos en presencia de un simple "olvido del procedimiento" sino ante una palmaria utilización de la potestad administrativa para fines ajenos al derecho, pues son tantas y tan flagrantes las irregularidades apreciadas sin que exista ni la más mínima justificación de la urgencia -e incluso de la necesidad del derribo-, que tal actuación solo puede ser calificada como de prevaricadora.

Sobre la continuidad delictiva contemplada en el artículo 74 del Código Penal, alegada por ambas acusaciones,

se exige para su consideración la concurrencia, en primer lugar, de una pluralidad de hechos diferenciables. En segundo lugar, es necesario un dolo unitario, no renovado, que supone un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, al modo de culpabilidad homogénea, como si de una trama preparada con carácter previo se tratara. Igualmente, y en tercer lugar, ha de existir una unidad de precepto penal violado o, al menos, de preceptos semejantes y análogos, esto es, una semejanza del tipo. Del mismo modo, debe aparecer homogeneidad en el «modus operandi», es decir, que se esté en presencia de técnicas operativas similares. Y por último, se precisa una identidad de sujeto activo, pues el dolo unitario requiere un mismo agente. Negativamente, no se requiere la identidad de sujetos pasivos. Además, no es obligatoria la unidad espacial y temporal, aunque sin un distanciamiento temporal disgregador, lo que habrá que valorar en cada caso concreto.

Atendida la proximidad temporal entre el Decreto de 24 de Mayo de 2007, la orden verbal de derribo que se llevó a cabo el 30 de Mayo de 2007 y la convocatoria a instancia de la acusada de la Comisión de Urbanismo del Ayuntamiento en cuyo seno se ratificó el Decreto de 24 de Mayo de 2007, permite apreciar la existencia de una unidad de propósito y de una identidad en el bien jurídico protegido que implica que deba apreciarse una continuidad delictiva en los términos exigidos por el artículo 74 del Código Penal.

SEGUNDO.- De la infracción delictual meritada resulta criminalmente responsables en concepto de autora Sorkunde Aiarza Begoña por la participación directa, voluntaria y material que tuvo en la ejecución de los hechos (artículos 27 y 28 del Código Penal).

TERCERO.- No concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

CUARTO.- Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del mismo se derivasen daños ó perjuicios (artículo 116 del Código Penal).

La Acusación Particular interesa la nulidad del Decreto de 24 de Mayo de 2007 y de la orden de demolición así como que se remita testimonio de la presente resolución al Ayuntamiento de Zamudio para que continúe con el expediente que proceda a los efectos de la legislación urbanística

aplicable. Las facultades anulatorias de la jurisdicción penal están resueltas favorablemente por la jurisprudencia.

La doctrina expuesta por el Tribunal Supremo en fecha 18 de enero de 1994 establece: "Los actos administrativos constitutivos de delito ingresan en el Derecho Penal y han de ser los Tribunales de este orden jurisdiccional quienes determinen, a estos efectos, las consecuencias de su condición delictiva (vid. art. 4 LJCA, que declara, en estos casos, la competencia exclusiva de los Tribunales penales, el art. 3 y 7 LCR., que regulan las cuestiones prejudiciales, y el art. 10 LOPJ." Pues cuando surgen de una conducta delictiva son "actos nulos de pleno derecho, conforme al art. 47.1 bis LPA, entonces vigente, solución conforme con la vigente L 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, cuyo art. 62.1 d) establece la nulidad de pleno derecho de los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta".

Por tanto, y acogiendo esta doctrina, procede la declaración de nulidad del Decreto de Alcaldía de fecha 24 de Mayo de 2007 y de la orden de demolición, todo ello al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 10 y L.E.Cri. art. 3 a 7.

La acusada indemnizará a José María Zárate Bustinza en la suma de 2.000 euros, cantidad a la que ascendió el importe de las obras realizadas según presupuesto aportado al folio 114 de las actuaciones como así solicitó la Acusación particular al modificar sus conclusiones provisionales en la vista oral.

QUINTO.- En cuanto a la pena a imponer, el arco penológico es limitado debiendo imponer la pena en su mitad superior de conformidad con lo previsto en el art. 74 CP.

Ahora bien pese a ello entendemos que no se debe poner el mínimo y ello teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, por el mal uso que la acusada ha hecho de las prerrogativas que como poder electo tenía.

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 42 del Código Penal la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

En el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18-1-2001, se dice que las expresiones utilizadas por el legislador (empleo y cargo público), hay que entenderlas en sus exactos y actuales términos. Empleo es la relación que el sujeto tiene con el empleador, que en el caso de cargos

públicos, no es otro que la Administración del Estado considerada en términos generales. El concepto de cargo es más anfibológico y viene a ser considerado, desde la perspectiva del puesto o función pública que se desempeña, pero al mismo tiempo el cargo se desempeña en función de la relación de empleo de que se disfruta.

El concepto de empleo se aplica exclusivamente para los funcionarios públicos, mientras que el cargo es el adecuado para definir la situación de los que, sin el carácter o condición de permanencia y continuidad, ostentan una función pública por elección o por cualquier otra circunstancia transitoria.

Respecto de su naturaleza, es una pena única, aunque tenga dos efectos: la privación del empleo o cargo sobre el que recae, y la imposibilidad de obtenerlo durante el tiempo marcado por la ley (en este sentido, véase Auto del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 2001).

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha reivindicado una concreción de la pena privativa de derechos impuesta, incluso tildando de ambigua la mera trascripción del precepto -entonces 36.2 del Código Penal de 1973 que hacía imposible su ejecución judicial por falta de determinación de la pena. Por ello el legislador de 1995 (art. 42), añadió al art. 36 la frase "en la sentencia habrá de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación" pues era una exigencia jurisprudencial -basada en una interpretación restrictiva de la pena- la necesidad de determinar en el fallo de la sentencia qué cargos y honores quedaban restringidos por la pena impuesta. Esa concreción ha de realizarse sobre los empleos o cargos que resultan afectados por la actuación considerada injusta, esto es, ha de analizarse la conducta desplegada y ha de proyectarse sobre la penalidad a imponer, teniendo en cuenta que sólo el juez o tribunal sentenciador pueden concretar la pena en el fallo de la sentencia para su ejecución por el juez de la ejecutoria.

Doctrinal y jurisprudencialmente (Sentencia 224/2001, de 12 de febrero) se ha criticado en ocasiones el recurso a la analogía en una materia afectada por el principio de legalidad en las penas. Aunque el Código responde a este principio en todo su articulado, en este tema ha optado por dotar al sistema de imposición de las penas de una mayor eficacia posibilitando que judicialmente se concrete el alcance de la pena de inhabilitación especial dada la pluralidad de supuestos que pueden concurrir, desde relaciones de sujeción distinta a la funcional, situaciones de excedencia, etc., siempre que la pena impuesta guarde relación con la profesión desde la que se realiza la conducta delictiva.

De manera que es preciso especificar el empleo o cargo público a que afecta la inhabilitación especial impuesta. Así lo ha entendido la jurisprudencia (Sentencias de 27-9-1993, 3-5-1990 y 18-10-1993), en el sentido de que la sentencia condenatoria deberá concretar los cargos o empleos públicos

de que se verá privado el acusado en virtud de la pena de inhabilitación especial para cargo público, debiendo ceñirse básicamente a aquellos cargos en los que abusa de sus funciones con motivo de la perpetración del delito (Sentencias 756/1999, de 4 de mayo, y 1463/1998, de 24 de noviembre).

Por tanto en el presente caso la acusada deberán ser condenada a la pena de inhabilitación especial para cargo electo como miembro de Corporaciones Locales por período de nueve años.

SEXTO.- Procede imponer a la condenada el pago de las costas procesales incluídas las de la acusación particular (art.123 CP).

En éste sentido, tiene declarado el Tribunal Supremo que corresponde al condenado el pago de las costas de la Acusación Particular salvo en supuestos excepcionles, en los cuáles la intervención de las partes ha sido notoriamente superflua, inútil e incluso perturbadora, introduciendo en el proceso tesis cuya heterogeneidad cualitativa aparece patente con las de la Acusación Pública, circunstancias éstas que no concurren en el supuesto que nos ocupa.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

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 incluídas 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.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en un plazo de DIEZ días, ante este Juzgado y de acuerdo con lo establecido en el artículo 790 de la LECR.

Así por ésta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.