

DOSSIER DE JURISPRUDENCIA N° 8
Sentencias de especial relevancia TC y TS

SILVIA MENDOZA CALDERÓN
ELENA GÓRRIZ
PABLO PUYAL
JAVIER PUYOL
M^a JOSEFA RIDAURA MARTÍNEZ



Cátedra de Derechos Humanos

Manuel de Lardizabal



tirant lo blanch

Valencia, 2016

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Índice

Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Civil.....	4
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal.....	35
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Contencioso-Administrativo ...	101
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Social.....	126
Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional	144

CIVIL

SILVIA MENDOZA CALDERÓN

Profesora Titular de Derecho Penal Acreditada

Profesora Contratada Doctora en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

(Tol 5511240)

Cabecera: Responsabilidad civil. Talidomida. Prescripción: daños continuados, permanentes y tardíos. Doctrina de los actos propios

Jurisdicción: Civil

Ponente: *José Antonio Seijas Quintana*

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 20/10/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Número Sentencia: 544/2015

Número Recurso: 3140/2014

Supuesto de hecho: El Supremo rechaza los recursos de la asociación de víctimas de la talidomida. La Sala Civil precisa que estamos ante una responsabilidad por culpa para la que nuestro derecho fija el breve plazo de un año para el ejercicio de la acción.

RESUMEN:

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha desestimado los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la parte demandante y apelada en la instancia (Asociación de Víctimas de la Talidomida, AVITE) contra la sentencia de segunda instancia que acordó estimar el recurso de apelación interpuesto por la farmacéutica Grünenthal Pharma SA y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia estimatoria parcial de la demanda de AVITE.

En una sentencia cuyo ponente ha sido el magistrado José Antonio Seijas Quintana, la Sala recuerda y precisa que no estamos ante una responsabilidad civil derivada de un delito ni ante una legislación como la penal, preventiva de delitos y faltas como instrumento de protección de la persona y de la sociedad, en la que determinados delitos se consideran imprescriptibles por su especial gravedad, sino ante una responsabilidad por culpa para la que nuestro derecho fija el breve plazo de un año para el ejercicio de la acción.

En cuanto a la fijación del día inicial del plazo, entiende la Sala que, a la entrada en vigor del RD 1006/2010, la prescripción ya se había producido:

una cosa es el reconocimiento oficial de la condición de afectado o, lo que es igual, la confirmación de un estado de salud que ya existía con anterioridad, para beneficiarse de las ayudas públicas, y otra distinta la prescripción, sobre la que nada establece.

Tampoco es determinante dicho Real Decreto para declarar la concreta situación de incapacidad, que ya existía, y trasladar el plazo de prescripción más allá del alta médica, por ser el momento en que se concreta definitivamente el daño y pudo ser conocido en toda su extensión por el perjudicado; se concluye que, en este caso, se reclama una indemnización derivada de las malformaciones que sufren los miembros de la asociación, por lo que la consolidación del daño se produjo desde el mismo momento del nacimiento, en la mayoría de edad o, eventualmente, en el momento de su reconocimiento a efectos de declaración administrativa de incapacidad, tal y como analiza la sentencia de apelación.

También desestima la Sala la pretensión relativa a la vulneración del principio de desigualdad de trato respecto de casos desiguales con el fundamento de que este principio es ajeno al ordenamiento civil. Concluye la Sala que es cierto que el principio de igualdad permite el tratamiento desigual en determinadas situaciones de hecho desiguales y que los poderes públicos pueden actuar para poner remedio a la situación de determinados grupos sociales en indudable desventaja con respecto a otros, como corresponde a todo Estado Social y Democrático de Derecho, siendo con esta prioridad con la que se reguló el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España para responder a la necesidad de reconocimiento y apoyo solidario, en línea con la actuación de otros países de nuestro entorno.

En cuanto a la prescripción de la acción, la Sala parte de que el plazo de un año previsto en nuestro ordenamiento es indudablemente corto pero ello no puede implicar convertir la acción en imprescriptible; argumenta que el hecho de que la talidomida puede ser causa de las malformaciones no es algo nuevo ni que haya descubierto el RD 1006/2010 después de cincuenta años para procurar la reparación del daño frente a quien lo causó. Considera que la sentencia de la Audiencia que se recurre otorga seguridad jurídica, entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como una expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho.

La Sala concluye que la solución al problema no está en estos momentos en los tribunales, no constando que ningún tribunal de algún país nuestro entorno haya procurado soluciones distintas del orden civil a la que aquí se

pretende. Este hecho, sin embargo, no anula una eventual expectativa de que la administración tome conciencia de situaciones como la acontecida, o de cualquier otra especie, y le haga frente, como ya hizo en el año 2009.

En cuanto a la consideración relativa a que nos encontramos ante daños permanentes o continuados, la Sala precisa que la jurisprudencia retrasa el comienzo del plazo de prescripción, en supuestos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, hasta la producción del definitivo resultado; en casos de daños permanentes (se producen en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persisten a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado), el plazo de prescripción comenzará a correr “desde que lo supo el agraviado”, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable.

Se conocía el agente causante del daño —la talidomida—, el causante —la farmacéutica demandada— y el alcance de las lesiones —lo que reclamaba en la demanda era una indemnización por las malformaciones físicas existentes al tiempo del nacimiento, en función del reconocimiento de minusvalía de carácter administrativo—; ello supone que las secuelas no se han modificado, y que el daño en sí se provocó en dicho momento y no en otro posterior, sin que pueda quedar indeterminado en virtud de una posible evolución de la enfermedad en un sentido o en otro.

La sentencia deja a salvo los daños secundarios o de aparición tardía, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior, lo que en estos momentos no se ha acreditado a través de la correspondiente investigación científica.

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS PRODUCIDOS POR LA TALIDOMIDA

1. EL CASO

1.1. Pretensión formulada

La Asociación de Víctimas de la Talidomida (AVITE) interpuso una demanda el 12 de febrero de 2012, contra la farmacéutica Grünenthal Pharma SA, titular de los derechos sobre el principio activo de la talidomida, con la pretensión de que los socios de AVITE fueran reconocidos e indemnizados como afectados de la talidomida en España. Asimismo, se solicitó que se declarase el derecho a percibir las indemnizaciones **a los herederos de**

los afectados, ya fallecidos, perceptores en vida de las ayudas o que tuvieran su condición de talidomídicos reconocida mediante sentencia o resolución administrativa firme en vida, o tras su muerte.

En este caso, hay que partir de lo previsto en el *Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto*, que regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960-1965, según las diferentes situaciones personales que concurrieran en cada una de ellas.

Conforme a esta normativa, tendrían derecho a percibir una ayuda, exclusivamente y por una sola vez, aquellas personas que hubieran sufrido malformaciones corporales durante el proceso de gestación en el periodo 1960-1965, **cuyo origen no pueda descartarse que pueda haber sido producido por la ingesta de Talidomida en España por la madre** gestante, bajo diagnóstico acreditado por el Instituto de Salud Carlos III.

Para aquellas personas que hubieran nacido en el extranjero, la madre gestante tendría que haber residido en España en cualquier periodo comprendido entre 1960-1965.

1.2. Desenvolvimiento del litigio en la instancia

En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 90 de Madrid, dictada el 19 de noviembre de 2013, se estimó en parte la demanda, declarando como afectados por la talidomida a los socios de AVITE incluidos en el listado del Auto de 6 de noviembre 2012, que percibieran o pudieran percibir en el futuro las ayudas económicas establecidas en el Real Decreto 1006/2010, con excepción de aquellas víctimas que ya estuvieran percibiendo ayudas de la Fundación Contergan, condenando a demandada a indemnizar a cada uno de ellos con la cantidad de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía que les hubiera sido reconocido por la Administración española, más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

Contra este pronunciamiento, se interpuso Recurso de Apelación por parte de la compañía farmacéutica, resolviendo la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), el 13 de octubre de 2014. La Audiencia estimó dicho recurso, revocando la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por AVITE, absolviendo a la demandada.

1.3. Recurso ante el Tribunal Supremo

1.3.1. Argumentación presentada por la recurrente

Frente a esta resolución AVITE habría formulado ante el Tribunal Supremo, Recurso Extraordinario por Infracción Procesal y Recurso de Casación.

En este supuesto, la asociación recurrente sostiene que los daños que sufrirían los socios de AVITE serían continuados, progresivos e incluso inciertos y los afectados tendrían en ocasiones minusvalías oficialmente reconocidas, que habrían ido progresivamente aumentando con el tiempo, considerando incluso que los daños podrían suponer un alteración genética de los afectados que podría ser heredada por su descendencia.

Se mantiene por parte de AVITE, que el reconocimiento de afectado por la talidomida no se habría producido hasta el Real Decreto 1006/2010, cuando se reconocieron ayudas públicas a las víctimas españolas, y que los propios actos de la causante del daño, Grünenthal, reconociendo su responsabilidad, habrían subsanado el transcurso del tiempo.

En lo referente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, por parte de la recurrente, se considera que no podría prescindirse del valor **del informe Heidelberg**, de 21 de diciembre de 2012, que fue encargado por la Fundación Contergan para conocer la actual situación vital y las necesidades futuras de asistencia de los hombres y mujeres afectados por el medicamento, según el cual los afectados por la talidomida pueden padecer daños que se **denominan “daños secundarios, tardíos o de aparición tardía”**. Serían daños de origen prenatal, que hasta fechas recientes no se habrían vinculado causalmente a la talidomida, y que se asociarían al sistema nervioso, al sistema vascular y a la musculatura, concretándose en la imposibilidad de extraer sangre, en problemas para medir la tensión arterial, etc. Este informe y sus conclusiones habrían llevado al Juzgado de Primera Instancia a excluir la prescripción por considerar que a fecha de la demanda aún no se tenía un conocimiento cierto, cabal, exacto, seguro y absolutamente definitivo sobre el alcance de las lesiones y secuelas producidas por la talidomida.

Del mismo modo, se recoge que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid habría apreciado la prescripción, estimando que el *dies a quo* se situaría en el momento en que “lo supo el agraviado” (actio nata), que habría de relacionarse con la posibilidad de ejercicio **efectivo (teoría de la realización)**, y que esos principios serían de difícil aplicación por la existencia de tres tipos de daños: duraderos o permanentes; continuados o de producción sucesiva y daños sobrevenidos.

De hecho, por parte de dicho órgano judicial, se habría insistido en que desde la **dimensión fáctica de la prescripción**, los efectos de la ingestión

de talidomida fueron concretados por la comunidad científica hace muchos años (desde el año 1962) y que dichos efectos se consideraban “fácilmente detectables al nacimiento”, no produciéndose desde entonces nuevos casos. También, se detalla que AVITE se fundó el 22 de marzo 2003; que cinco socios de AVITE fueron reconocidos como pensionistas en Alemania por la Fundación Contengan y que se intentó sin éxito, el acuerdo extrajudicial una vez que diversas resoluciones administrativas con base en el RD 1006/2010 reconocieron a los socios de AVITE la condición de beneficiarios de ayudas públicas por su condición de víctima de la talidomida en España.

Por ello, **desde la dimensión jurídica de la prescripción**, en torno al *dies a quo*, se señala por parte del órgano jurisdiccional, que los daños derivados de la ingestión por la madre serían detectables en el momento del nacimiento, de manera que todos los perjudicados habrían estado en disposición de ejercitar la acción de reclamación cuando alcanzaron su mayoría de edad. Aunque se trate de daños continuados en los que el cómputo se difiere al momento en que se genera el definitivo resultado, se afirma que la jurisprudencia habría matizado esta regla **“cuando no fuera posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida”**, situación que estima concurrente en el caso.

Por lo tanto, para las lesiones que se evidencian en el momento del parto, **sería éste el día inicial, porque las secuelas quedan definitivamente concretadas en ese momento, como defectos permanentes, sin perjuicio del agravamiento o de la aparición de nuevas secuelas, que implicarían una nueva etapa o estadio distinto del anterior.**

Asimismo, estima la Audiencia que para las lesiones valoradas como daños consecutivos, según el informe Heidelberg, no cabe interpretar la doctrina de los daños continuados en el sentido de que en aquellos casos no comience a computarse el plazo de prescripción, **tomándose en cuenta el momento en que el perjudicado tuvo un conocimiento razonable del daño y de su evolución.**

Aplicando esta doctrina, la Audiencia Provincial de Madrid habría concluido que habría prescrito la acción para reclamar por todos los daños, pues desde hace década se sabían los efectos de la talidomida, su dimensión social y mediática, de manera que sus socios al menos desde la constitución de la Asociación, sabían de la relación causal de sus padecimientos y dicho medicamento.

1.3.2. Recurso Extraordinario por Infracción Procesal

El Tribunal Supremo habría desestimado el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal bajo las siguientes argumentaciones:

1° Se considera que la sentencia de apelación no cuestiona la legalidad del Real Decreto 1006/2010 ni invade atribuciones propias de la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que se limita a valorarlo para estimar el recurso de apelación con argumentos que, en lo sustancial, no vinculan el Real Decreto con la prescripción extintiva de la acción, sino con el contexto de distintos periodos temporales en que la demandante pudo formular la demanda.

2° Se estima que el Informe Heidelberg no ha sido ignorado en la sentencia, detallando que incluso aunque si así hubiera sido, el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los tribunales la obligación de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté fundada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, hasta el punto de que solo una motivación que, por arbitraria, deviene inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución.

3° Se afirma que sostener que no existe un diagnóstico de certeza científica para establecer la etiología del daño por talidomida en la gestación, supone desconocer el conjunto de actos anteriores a la formulación de la demanda, como los que resultan del proceso de Contengan o de la misma creación de la asociación que ahora demanda, determinantes del conocimiento que los afectados tenían del hecho causal —talidomida— y del causante del daño —la farmacéutica Grünenthal Pharma, SA—, e incluso del alcance definitivo del daño.

4ª Finalmente, se detalla que la sentencia identifica varios momentos temporales desde que se produjo el nacimiento de los afectados por la talidomida a partir de los cuales pudieron estos ejercitar la acción y que ninguna de estas consideraciones, habría sido combatida por la recurrente.

1.3.3. Recurso de Casación

AVITE recurre en casación, basándose en los siguientes motivos:

En primer lugar, considera que la **sentencia no contempla el efecto del primer reconocimiento oficial de talidomídicos**, que supondría el Real Decreto 1006/2010.

En segundo lugar, se denuncia la inaplicación del principio general del Derecho, según el **cual justicia sería tratar desigualmente los casos desiguales**, como aplicación lógica del derecho fundamental de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución, cuya infracción generaría **indefensión**.

En tercer lugar, se considera infringida la doctrina jurisprudencial de **aplicación restrictiva de la prescripción de las acciones y de la doctri-**

na de los daños continuados como interruptiva de la prescripción, así como la aplicación indebida del fraccionamiento en etapas de daño.

Asimismo, se consideran vulnerados los artículos 1968.2º y 1969 CC y del principio general del Derecho, *actio nondum nata non praescribitur*.

El motivo del recurso se centra principalmente en la apreciación de la prescripción extintiva de la acción, sosteniéndose una naturaleza de daños continuados y el cómputo del plazo de prescripción anual a partir del momento en que los perjudicados estuvieron en disposición de conocer el alcance de sus daños, (cuando se les reconoce como afectados por el Real Decreto 1006/2010 y, en concreto, no antes de las resoluciones del INSERSO).

En particular, el conflicto se plantea porque la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid habría entendido por el contrario, por un lado, que los daños derivados de la ingestión por la madre eran ya detectables en el momento del nacimiento, con independencia de que sus efectos fueran permanentes; y por otro, respecto a los daños sobrevenidos (escoliosis y artrosis), se estima que no era posible diferir *sine die* el inicio del cómputo con la excusa de no conocer el resultado definitivo, cuando es posible fraccionar etapas diferentes o hechos diferenciados, dado que tales daños consecutivos se integran en una nueva etapa no afectada por la prescripción de los daños y secuelas que se concretaron en el nacimiento.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, considerando que con independencia de que a la entrada en vigor del RD 1006/2010 la prescripción ya se habría producido, lo que se pretende sería dar a esta disposición legal una dimensión jurídica que tendría, ya que de seguirse la interpretación sostenida por la recurrente, se dejaría en manos de terceros, públicos o privados, sin intervención de las partes o parte interesada, la determinación del día a partir del cual la acción podía ejercitarse.

Tampoco se considera que dicho Real Decreto sea determinante para declarar la situación de incapacidad, que ya existía, y trasladar el plazo de prescripción más allá del alta médica.

Por otra parte, se insiste en que a pesar de reconocerse que el plazo de prescripción de un año establecido para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, habría que reafirmar que el plazo prescriptivo sería improrrogable, no siendo posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción.

El día inicial para el ejercicio de la acción sería aquel en que puede ejercitarse, según *el principio actio nondum nata non praescribitur*, que exige para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que

propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.

Por ello, aunque la jurisprudencia retrase el comienzo del plazo de prescripción en supuestos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida hasta la producción del definitivo resultado, **esto se produce cuando no sea posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida.**

El daño permanente, sería aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente, el plazo de prescripción comenzará a correr “desde que lo supo el agraviado”, como dispone el art. 1968. 2º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución.

Distingue el Tribunal Supremo que el hecho de que los daños se manifestaran con el nacimiento, implica que no son daños continuados sino permanentes y evaluables, en los que el plazo de prescripción comienza a correr cuando se produjeron, y se constató su carácter permanente y definitivo, y que otra distinta serían los daños tardíos, en los que sí cabe que el cómputo se difiera al momento en que sus consecuencias lesivas sean definitivas.

En este sentido, en relación a los límites temporales de la cosa juzgada, (especialmente en aquellos supuestos en que el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de daños nuevos, o una agravación del anteriormente apreciado, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior), supone que una sentencia puede servir de complemento a otra cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos, no a hipótesis en que la indemnización pudo preverse con anterioridad, y, en cualquier caso, no podría conllevar que el plazo inicial de prescripción volviera a computarse para todos ellos.

1.4. Voto particular

Se formula por parte del Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, en relación a la excepción de prescripción.

Frente a la línea argumental de que los recurrentes tuvieron tiempo más que suficiente para instar la demanda, se considera que debe valorarse que el inicio del cómputo de la acción ejercitada “*dies a quo*”, comienza tras el reconocimiento administrativo de la incapacidad existente y siempre que ésta esté relacionada con la ingestión de talidomida, estimando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto sostiene que no basta con la consolidación de las lesiones, sino que la fecha de inicio de la prescripción debe ponerse en relación con la declaración administrativa de incapacidad, deduciendo que hasta que no haya un pronunciamiento administrativo firme sobre la incapacidad o invalidez no se iniciaría el cómputo de la acción.

Desde la perspectiva del formulante, debería estimarse el recurso de casación y procedería la devolución del procedimiento a la Audiencia Provincial para la resolución del resto de las cuestiones planteadas.

2. COMENTARIO

2.1. La comercialización de la talidomida. La relación de causalidad entre la puesta en circulación del medicamento y los daños a la salud de los consumidores

A finales de la década de los cincuenta la empresa alemana CHEMIE GRÜNENTHAL había elaborado una especialidad farmacéutica que fue denominada Contergán, formada por un principio activo conocido como talidomida. La comercialización del medicamento comenzó en la antigua Alemania Oriental a partir del 1 de octubre de 1957, y en un principio, estaba destinado a ser un fármaco sedante diagnosticado para el tratamiento de la ansiedad y el insomnio. El medicamento fue rápidamente aceptado en el mercado, presentándolo incluso como una alternativa eficaz a los sedantes barbitúricos, considerándose como el sedante ideal para recetar a las mujeres durante el embarazo en los primeros meses de gestación. Pronto fue comercializado fuera de Alemania, distribuyéndose en Inglaterra, Japón, Canadá, Australia y en países de América Latina.

Desgraciadamente, entre los últimos años de la década de los cincuenta y comienzo de los sesenta, nacieron más de diez mil bebés con graves malformaciones cuyas madres habían ingerido talidomida. En 1961 se señaló por parte de expertos, que la talidomida podía provocar dichas deformidades, originadas precisamente durante los primeros meses de embarazo, cuando se procede a la creación de los principales órganos y las extremidades del feto.

Esta malformación sería posteriormente conocida como el síndrome de Wiedemann, cuyo cuadro sintomático característico era la causación de focomelias. Éstas deformidades eran denominadas en esta forma debido a ausencia de la mayor parte del brazo del feto, con manos en forma de aleta, que nacían directamente desde el hombro (similares a las aletas de foca), así como fenómenos de aplasia radial y ausencia del pulgar. En el mismo sentido, surgían deformidades semejantes en la extremidades inferiores, con la creación de pies diminutos con siete u ocho dedos que crecían desde la propia cintura. El fármaco también causaba malformaciones en los ojos, orejas, labios y boca, (“rostro de la talidomida”), malformaciones internas y daños en el sistema nervioso, siendo considerado un medicamento teratógeno, es decir, como droga susceptible de causar un desarrollo anormal en el feto.

La catástrofe del medicamento Contergán provocó que dentro del ámbito de las investigaciones farmacológicas se distinga entre una era pre-talidomida y una era post-talidomida. A partir de estos trágicos hechos, se ampliaron los estudios preclínicos necesarios para garantizar no solo la eficacia sino la seguridad de los medicamentos. El procedimiento penal de la talidomida en Alemania finalizó con la Resolución del Tribunal de Aquisgrán de 18 de diciembre de 1970, con la aplicación del parágrafo 153 StPO (del Código procesal penal alemán), que daba por concluido el proceso ante la anormalmente larga duración de la instrucción y en especial de la audiencia principal, el juicio público negativo de los acusados, y la voluntaria contribución de los mismos a indemnizar a las víctimas por medios privados.

La talidomida fue relegada al olvido dentro del mercado farmacológico y su venta fue prohibida a partir de 1962 en la mayoría de los países, habiendo sido investigada como tratamiento de varias afecciones, incluyendo el desgaste del SIDA, las úlceras aftosas, la artritis reumatoidea, además de sus efectos antilepra. En 1998 la FDA permitió el uso de la Talidomida en la lucha contra el Sida, sobre todo por la proliferación de un mercado negro en torno a la distribución del fármaco por cauces no autorizados.

En la comercialización de medicamentos, la puesta en peligro de la vida o la salud de las personas puede materializarse a medio o largo plazo, con lo cual (en la vertiente penal) se valoran *criterios de imputación objetiva* para acreditar la existencia de nexos de causalidad entre la puesta en circulación del medicamento y el peligro producido, en medio de complicadas disquisiciones técnicas y científicas que posibiliten tanto un adecuado examen del riesgo permitido como del riesgo prohibido, en un campo en el que cada vez se recurre con más frecuencia a nuevos principios como el *principio de precaución*.

En el caso Contergán enjuiciado en Alemania, se habrían barajado un gran número de datos, estimándose por la doctrina penal (MUÑOZ CONDE, HASSEMER, 1996, GÓMEZ RIVERO, 2008) que la causalidad del producto respecto a determinados daños no significaría automáticamente causalidad jurídica de todas las acciones que incidieron en la elaboración, distribución y venta del producto, socavando principios como el *in dubio pro reo*. La prueba epidemiológica podría servir para que el juzgador llegue a la convicción subjetiva de cuál fue el producto causante de los daños, pero no para fundamentar la responsabilidad individual de todos los que tuvieron que ver con el producto.

2.2. La cuestión central de la sentencia

2.2.1. La prescripción de la acción civil en los casos de daños permanentes y daños continuados causados por medicamentos

Como ha podido apreciarse, en la vertiente civil, una de las cuestiones principales analizadas en la Sentencia del Tribunal Supremo se centraría en la prescripción de la acción civil ejercitada conforme al art. 1968.2 CC, en relación a la diferenciación entre daños permanentes y daños continuados.

Conforme ha establecido la doctrina (SALVADOR, GÓMEZ, RUBÍ, RAMOS, TERRA, 2014), este precepto establece una regla que establece el inicio del cómputo del plazo de prescripción en el momento del conocimiento razonablemente posible, o debido, de los elementos integrantes de su supuesto de hecho, por parte del titular de la pretensión indemnizatoria. Uno de estos elementos sería la existencia, naturaleza y alcance del daño sufrido y por el cual, se reclama una indemnización. Lo esencial sería el momento de producción del daño y su conocimiento.

La doctrina de la *discovery rule* implica que el plazo de prescripción no empezaría a correr hasta que el demandante conozca, o empleando una diligencia razonable hubiera debido conocer, los hechos que fundamentan su pretensión.

Se denominan daños continuados a aquellos casos en los que la acción antijurídica causa inmediatamente un daño que además se prolonga en el tiempo, no siendo posible en ese primer instante determinar su alcance. Los daños diferidos o tardíos serían, en cambio, aquellos en los que aparentemente no se produce ningún daño sino que se manifiestan pasados algunos meses o años.

En los supuestos de daños personales continuados, (SALVADOR, GÓMEZ, RUBÍ, RAMOS, TERRA, 2014), se aplicaría **el criterio de la cognoscibilidad y previsibilidad médicas**, valorando el análisis clínico de la condición del paciente y el momento a partir del cual se pueden establecer médicamente, la naturaleza y alcance de las secuelas definitivas del daño, conforme a *la lex artis ad hoc*.

En lo que respecta a la Sentencia de la Audiencia Provincial, se ha señalado (RAMOS GONZÁLEZ, 2014) que la teoría de los daños continuados sólo sería aplicable cuando no fuera posible fraccionar, dividir, separar la diferentes series de daños en el tiempo, y en este caso respecto a los daños originarios y los daños consecutivos, se había estimado que los socios de AVITE, podrían haber tenido conocimiento del alcance cierto de tales daños, así como de su relación de causalidad probable con el consumo de la talidomida en 2008, (año en el que finalizó el procedimiento de evaluación y diagnóstico llevado a cabo por el Centro de Investigación de Anomalías Congénitas, del Instituto Carlos III de Madrid, sobre las secuelas concretas sufridas por los socios de AVITE).

Sin embargo, en relación a los daños tardíos, manifestados mucho tiempo después y sólo han sido detectados por profesionales médicos en fechas recientes se niega la aplicación de la teoría de los daños continuados desde el momento en que los distintos grupos de daños son individualizables, existiendo un *dies a quo* para cada uno de ellos que corresponde al momento en el que las víctimas pudieron tener conocimiento de su alcance y de su relación causal con el hecho dañoso, considerándose que la parte actora no habría acreditado suficientemente ni la causalidad genérica ni la específica de tales daños tardíos en relación con la talidomida.

El Tribunal Supremo, siguiendo la línea sostenida por la Audiencia Provincial de Madrid, considera que el daño permanente, sería aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del mismo. El plazo de prescripción se iniciaría desde que lo supo el agraviado, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable.

En este sentido, el Tribunal Supremo estima que el hecho de que los daños producidos por el medicamento se manifestaran con el nacimiento, implica que **no son daños continuados sino permanentes y evaluables, en los que el plazo de prescripción comenzaría a correr cuando se produjeron**, y se constató su carácter permanente y definitivo.

2.2.2. La fijación del cómputo para la prescripción

Asimismo, en relación a la cuestión analizada en el Voto Particular, en relación a la fijación del cómputo para la prescripción en un contexto de daños producidos por medicamentos, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, número 780 (*Tb1 4035941*) relativa a daños en la salud psíquica y psíquica ocasionados por la ingesta del medicamento Liposterol, que considera que para la adecuada fijación del día inicial del cómputo, sería preciso partir de los días de baja y de las secuelas objeto de la reclamación.

No obstante, en lo que respecta a la relevancia del alta médica para la fijación de los daños y el inicio del cómputo de la prescripción, se ha sostenido (MARIN LOPEZ, 2014) que el Tribunal Supremo habría superado dicha jurisprudencia por dos vías que parten de la irrelevancia del alta médica: o bien, se retrasa *el dies a quo* basándose en que el conocimiento real de las secuelas se produce en una fecha posterior al alta médica, o bien, se fija como *dies a quo*, no la fecha del alta médica, sino la de la resolución administrativa firme que concreta la situación de invalidez o si ésta es impugnada judicialmente, la fecha en que la sentencia deviene firme.

2.3. Perspectiva de Reforma Legislativa y trascendencia del caso analizado

Puede observarse que la principal controversia en este supuesto, proviene de la responsabilidad civil extracontractual por la causación de daños en la salud derivados de la puesta en circulación de un producto farmacéutico. En lo que respecta a la distinción entre daños permanentes y daños continuados derivados del uso de un medicamento, se admite que podría producirse (SALVADOR, GÓMEZ, RUBÍ, RAMOS, TERRA, 2014), un solapamiento parcial entre ambas categorías, concurriendo en un único supuesto daños permanentes con daños continuados, por ello, aunque la pretensión asociada a los daños manifestados y conocidos hubiera prescrito, puede que esta circunstancia, no afectara a la pretensión por el daño desconocido y médicamente imprevisible, cuyo alcance y consecuencias se habrían conocido mucho más posteriormente.

De la misma forma, se afirma, que en cualquier caso, sería necesario reformar el sistema de prescripción civil, ya que en España, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países, (excepto la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, respecto al art. 1964CC), el sistema no se habría reformado. La regulación de la prescripción se valora como obsoleta, con-

fusa, incompleta e inadecuada y precisa de una completa reforma (MARÍN LÓPEZ, 2014). La existencia de plazos excesivamente largos o muy breves, como en el caso de los daños extracontractuales, favorecen que la jurisprudencia fuerce la interpretación de los preceptos para conseguir evitar una resolución estimada claramente injusta.

Por otra parte, respecto al establecimiento del *dies a quo* (MARÍN LÓPEZ, 2014) para comenzar el computo de la prescripción desde la resolución administrativa firme que declare la incapacidad, se mantiene que no parece razonable que si el alta médica ya describe con absoluta exactitud las lesiones que de modo definitivo padece el perjudicado, *el dies a quo* se retrase varios meses o años hasta la resolución administrativa o judicial firme que declare el grado de incapacidad.

En estas cuestiones, como ha podido apreciarse, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015, siguiendo la línea argumentativa adelantada por parte de la Audiencia Provincial de Madrid, en relación a la responsabilidad civil derivada de los daños producidos por el medicamento talidomida, mantiene que éstos daños no serían de carácter continuado, sino permanente, quedando demostrados prácticamente desde el momento mismo del nacimiento, estimando, que las secuelas posteriores no quedaron acreditadas suficientemente durante el procedimiento.

En cuanto a la prescripción de la acción, la Sala reconoce que el plazo de un año previsto en el Código civil sería un término indudablemente corto, pero ello no podría implicar que se transforme a la acción, en casos de lesiones permanentes, en imprescriptible. Se habría reconocido que aunque la talidomida fuera la causa de las malformaciones fetales, este aspecto no sería algo reciente que hubiera puesto de relieve el Real Decreto 1006/2010, otorgándole asimismo en este caso, el Tribunal Supremo a esta normativa básicamente, un carácter social y solidario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEYER, Grenzen der Arzneimittelhaftung, dargestellt am Beispiel des Contergan Falles, München, 1989.
- DE RIVACOBIA y RIVACOBIA, Nueva crónica del Crimen, “Los procesos contra medicamentos”, Valparaíso, 1981.
- CORDERCH, PIÑEIRO y RUBÍ, “La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y Teoría general del Derecho”, ADPCP, Fasc. 1, 2002.
- GÓMEZ LAPLAZA, DÍAZ ALABART, “Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, AC, 1995.
- GOMEZ RIVERO, “Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo”, Revista General de Derecho penal, número 9, 2008.
- HILGENDORF, Strafrechtliche Produzenten in der “Risikogesellschaft”, Berlin, 1993.

- KAUFMANN, "Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und die Gesetzgebung", Juristen Zeitung, 1971.
- LG Aachen, 18 de diciembre de 1970, Juristen Zeitung, nr. 15/16, 1971 (Resolución Caso Contergán).
- LÜTTGER, Medicina y Derecho penal, Madrid, 1984.
- MARIN LÓPEZ, "El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el dies a quo del plazo de prescripción", XXVII Jornadas de Profesores de Derecho Civil, Valladolid, 9 de mayo de 2014, en <http://www.derechocivil.net/jornadas/MANUEL%20MARIN%20APDC.pdf>, consultada en noviembre 2015.
- MENDOZA CALDERÓN, La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos, Valencia, 2011.
- MUÑOZ CONDE, HASSEMER, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia, 1995.
- PARRA LUCÁN, "La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida", en Revista CESCO de Derecho del consumo, Núm. 8, 2013, en https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco_o/article/view/410, consultada en octubre 2015.
- PARRA LUCÁN, "Notas a la Ley 22/94, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", AC, 1995.
- RAMOS LÓPEZ, "Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 14ª), Madrid, 13.10.2014 (MP: Sagrario Arroyo García), sobre los daños asociados a la talidomida", en Centro de Estudios de Consumo, número 12, 2014, consultada en www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/630, en octubre 2015.
- REQUEJO CARMEN, "Contergán: la historia de un delito", Cuadernos de Política Criminal, número 66, 1998.
- SALVADOR-CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, RUBÍ-PUIG, RAMOS, TERRA, "Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº 90 Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida (Late Damages. Avite v. Grünenthal. Comment to the Decision of the Madrid Court of First Instance, no. 90, November 19, 2013, on the Damages Caused by Thalidomide) (January 2014). InDret, Vol. 1, 2014, consultado en <http://ssrn.com/abstract=2389082>, en noviembre 2015.
- SALVADOR CODERCH, SOLÉ FELIÚ, Brujos y aprendices: Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto, Madrid-Barcelona, 1999.

Sentencia de 20 de octubre de 2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 544/2015

Fecha Sentencia: 20/10/2015

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº: 3140/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 23/09/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 14

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por: AAV

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Núm.: 3140/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

Votación y Fallo: 23/09/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA N°: 544/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

En la Villa de Madrid, a veinte de octubre de dos mil quince. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n° 717/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n° 90 de Madrid cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Avite, Asociación de Víctimas de la Talidomida en España, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Soledad Vallés Rodríguez; siendo parte recurrida Grünenthal Pharma SA, representado por el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.— La procuradora doña Soledad Valles Rodríguez, en nombre y representación de Avite, Asociación de Víctimas de la Talidomida, interpuso demanda de juicio sobre juicio ordinario, contra Grünenthal Pharma, SA, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que con estimación de la misma:

a) Se declaren como afectados por la talidomida a los efectos indemnizatorios del apartado d)

a todos aquellos socios de AVITE perceptores de las ayudas económicas establecidas en el RD 1006/2010.

Alternativa y subsidiariamente, se declaren como a afectados por la talidomida a los efectos indemnizatorios del apartado d) a todos aquellos socios de AVITE perceptores de las ayudas económicas establecidas en el RD, 1006/2010, excluyendo a los perceptores de indemnización y pensión vitalicia de la Fundación Contergán (Conterganstiftung).

b) Igualmente se declaren como afectados por la talidomida a los efectos indemnizatorios del apartado d) a todos aquellos socios de AVITE a los que les sea reconocida esta condición mediante resolución administrativa o sentencia firme.

c) Que se declare asimismo el derecho a percibir las indemnizaciones del apartado d) a los herederos de los afectados, ya fallecidos, perceptores en vida de las ayudas del RD 1006/2010, o que vieran su condición de talidomídicos reconocida mediante sentencia o resolución administrativa firme en vida o tras su muerte.

d) Se condene a GRUNENTHAL a indemnizar a los socios de AVITE afectados por la talidomida en la cantidad resultante de multiplicar 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía reconocida por la administración española a cada uno de ellos, más los intereses legales de esa cantidad calculados desde la interposición de la demanda.

e) Todo ello con condena en costas a la demandada.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.— El procurador don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de Grünenthal Pharma, SA, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la demandante.

3.– En la audiencia previa se renunció a los apartados b) y c) del suplico de la demanda.

4.– Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid, dictó sentencia con fecha 19 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por AVITE, ASOCIACION DE VICTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, representada por la Procuradora Vallés Rodríguez, contra GRUNENTHAL PHARMA SA, representada por la Procuradora Sra. Lanchares Perlado, DEBO DECLARAR Y DECLARO como afectados por la talidomida a los socios de AVITE de los incluidos en el listado contenido en auto de 6 de noviembre 2012 que perciban o pudieran percibir en el futuro las ayudaseconómicas establecidas en el Real Decreto 1006/2010 y que acrediten esta condición en ejecución de sentencia mediante la presentación de la correspondiente resolución administrativa, excepto las personas que están recibiendo ayudas de la Fundación Contergan, y DEBO CONDENAR Y CONDENO a demandada a indemnizar a cada uno de ellos con la cantidad de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía que les haya sido reconocido por la Administración española, más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda con el incremento previsto legalmente a partir de esta resolución.

No se hace especial condena en costas.

SEGUNDO.– Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de GRUNENTHAL PHARMA SA. La Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 13 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por GRÜNENTHAL PHARMA, SA, que viene representada ante esta Audiencia Provincial por el procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO, contra la sentencia dictada el día 19 de noviembre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el

número 217/2012, debemos REVOCAR la referida resolución en el sentido de DESESTIMAR la demanda interpuesta por AVITE, ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, contra GRÜNENTHAL FHARMA SA., absolviendo a la demandada de los pedimentos del suplico de la demanda.

Sin hacer declaración sobre costas causadas tanto en primera instancia como en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conforme lo establecido en la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 6/1985 de julio, del Poder Judicial, introducida por la LeyOrgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

TERCERO.– Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de AVITE, ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.**– Infracción del art. 9.4. de la LOPJ y el 24 del mismo texto legal y el art. 1.1 de la Ley 29/98, que atribuyen a la jurisdicción contencioso administrativa, en exclusiva, el control de la legalidad de un Real Decreto. **SEGUNDO.**– Infracción del art. 319 LEC y arts 5 y 6 g) del RD 1006/2010, en la medida en que dichas infracciones han supuesto una errónea valoración de la prueba por arbitraria e ilógica de forma suficiente para haber vulnerado el art. 9.3. CE que proscribía la arbitrariedad de los poderes públicos, así como el derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión del art. 24.1. CE.

TERCERO.– Infracción del art. 218. LEC, en la medida en que dicha infracción ha supuesto una errónea valoración de la prueba por arbitraria e ilógica de forma suficiente para haber vulnerado el art. 9.3. CE que proscribía la arbitrariedad de los poderes públicos, así como el derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión del art. 24.1 CE. **CUARTO.**– Infracción del art. 218.2. LEC en la medida en que dicha infracción ha supuesto una errónea y valoración de la prueba por contraria a la lógica y la razón de forma suficiente para haber vulnerado el art. 9.3.

CE que proscribe la arbitrariedad de los poderes públicos, así como el derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión del art. 24.1 CE y del art. 51.1 CE.

Se formula asimismo *recurso de casación* con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.**— Infracción de los arts. 1 y 2.1. del RD 1006/2010 y del art. 3º 1. del Código Civil, en la medida que la sentencia, apartándose expresamente del texto de los mismos por considerarlo *contra legem*, no contempla el efecto del primer reconocimiento oficial de talidomídicos que supone el RD 1006/2010. **SEGUNDO.**— Se denuncia ex art 477.1º 1 del Código Civil la infracción por inaplicación del principio general del derecho según el cual justicia es tratar desigualmente los casos desiguales, que viene a ser una aplicación lógica y justa del derecho fundamental de igualdad recogido en el art. 14 de la CE, cuya infracción generadora de indefensión (art. 24.1) también se denuncia cometida a los efectos oportunos.

TERCERO.— Se denuncia ex art. 477.1. LEC la infracción de la doctrina jurisprudencial de aplicación restrictiva de la prescripción de las acciones por no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio de derecho, y obedece, en atención al principio de idoneidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido (por todas STS de 2 de abril 2014 recurso 608/2012), máxime cuando en los supuestos de responsabilidad extracontractual el plazo es indudablemente corto, todo ello según es traído literalmente en la propia sentencia recurrida. **CUARTO.**— Infracción ex art. 477.1 de la doctrina de los daños continuados como interruptiva de la prescripción, así como la aplicación indebida del fraccionamiento en etapas de daño. **QUINTO.**— Infracción de los artículos 1968 2º y 1969 CC y del principio general del derecho *actio nondum nata non praescribitur*. Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 4 de marzo de 2015, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.— Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de Grünenthal Pharma SA presento escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito en el que discrepa de los razonamientos de la farmacéutica recurrida y no es sólo que debería contarse el inicio de la prescripción desde el Real Decreto de 2010, sino a lo mejor del acto de pedir perdón en el año 2012 reconociendo su culpa, pero no queriendo indemnizar por su conducta, lo que nos parece un hecho gravísimo para la conciencia de la humanidad.

3.— No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para PLENO DE LA SALA el día 23 de septiembre de 2015, en que tuvo lugar

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.— La Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE) es una asociación constituida en el año 2003 con la intención de agrupar a las personas afectadas por la talidomida en España. Fue inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con el Núm. 171733 de la Sección 1ª el 22 de marzo de 2003. La Asamblea General de 19 de septiembre de 2011 modificó sus Estatutos y la Asamblea celebrada el 12 de marzo de 2011 acordó, por mayoría absoluta, demandar a la farmacéutica Grünenthal Pharma SA, titular de los derechos sobre el principio activo de la talidomida, con la pretensión de que los socios de AVITE fueran reconocidos e indemnizados como afectados de la talidomida en España. La demanda se formula el día 12 de febrero de 2012 y en ella se ejercita acción para la protección de los derechos de sus asociados con fundamento en la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, aunque también se citan los artículos 1089, 1091 y 1101 CC, y los RD 2464/1963, de 10 de agosto y 18 de abril, la Orden Ministerial de 5 de abril de 1941 y las leyes de 25 de noviembre

de 1944 y 17 de julio de 1947. La legitimación se justifica al amparo de los artículos 6.1.3, 11 y 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, de igual modo, con base en el artículo 221 de la misma ley procesal. Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en virtud del artículo 15.1, 2 Ley de Enjuiciamiento Civil.

En lo que aquí interesa —prescripción de la acción— en la demanda se niega que esta concorra porque:

(i) Los daños que sufren los socios de AVITE “son continuados, progresivos e incluso inciertos” y los afectados “tienen en ocasiones minusvalías oficialmente reconocidas que han ido progresivamente aumentando con el tiempo”;

(ii) “los daños podrían suponer un alteración genética de los afectados que podría ser heredada por su descendencia”;

(iii) El reconocimiento de afectado por la talidomida no se ha producido hasta el Real Decreto 1006/2010, cuando se reconocieron ayudas públicas a las víctimas españolas, por lo que “mal podrían haber reclamado antes si no se les consideraba víctimas de la droga”, y

(iv) “los propios actos de la causante del daño Grünenthal reconociendo su responsabilidad, subsanan el transcurso del tiempo”

La sentencia del Juzgado y de la Audiencia Provincial son contrarias en lo que se refiere a la prescripción de la acción.

La sentencia de primera instancia (19-11-2013) estimó en parte la demanda. Declaró como afectados por la talidomida a los socios de AVITE incluidos en el listado contenido en el auto de 6 de noviembre de 2012, que perciban o pudieran percibir en el futuro las ayudas económicas establecidas en el RD 1006/2010 y que acrediten esta condición en ejecución de sentencia mediante la aportación de la correspondiente resolución administrativa, con excepción de aquellas víctimas que ya estuvieran percibiendo ayudas de la Fundación Contergan, y condenó a la demandada a indemnizar a cada uno de ellos con la suma de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía que se les haya reconocido por la Administración, más intereses legales desde la interposición de la demanda y costas.

Se rechaza la excepción de prescripción porque que si bien el tiempo transcurrido desde que el daño se produce era muy notable (más de 50 años), debía tomarse en consideración que se trataba de daños continuados, por lo que el cómputo del plazo de prescripción no se iniciaba hasta que no resultara conocida la enfermedad y la relación causal entre esta y la ingesta del citado principio activo (pues hasta que no se tiene cabal y exacto conocimiento de la enfermedad y de sus graves efectos no puede reclamarse). En consecuencia, aunque admite que el principal daño derivado de la ingesta de talidomida era apreciable en el momento del nacimiento y que por el tiempo transcurrido la mayoría de sus secuelas ya debían considerarse consolidadas (muchos de los padecimientos solo son consecuencia del daño principal constituido por las malformaciones en extremidades superiores e inferiores), entiende que no puede prescindirse del valor del informe Heidelberg, de 21 de diciembre de 2012 (traído a las actuaciones por la actora en el acto de la audiencia previa tras ser mencionado en la demanda), que fue encargado por la Fundación Contergan “para conocer la actual situación vital y las necesidades futuras de asistencia de los hombres y mujeres afectados por el Contergan”, según el cual los afectados por la talidomida pueden padecer daños que se denominan “daños secundarios, tardíos o de aparición tardía”. Se trataría de daños de origen prenatal, que hasta fechas recientes no se han vinculado causalmente a la talidomida, y que están asociados al sistema nervioso, al sistema vascular y a la musculatura y que se concretan en la imposibilidad de extraer sangre, en problemas para medir la tensión arterial, etc. Este informe y sus conclusiones llevan al Juzgado a excluir la prescripción por considerar que a fecha de la demanda aún “no se tiene un conocimiento cierto, cabal, exacto, seguro y absolutamente definitivo sobre el alcance de las lesiones y secuelas producidas por la talidomida”.

La sentencia del Juzgado fue apelada únicamente por la demandada Grünenthal Pharma, SA. La sentencia de la Audiencia Provincial (13-10-2014) apreció la prescripción, estimó el recurso

de la demandada y revocó la sentencia apelada desestimando íntegramente la demanda, sin costas.

Son de interés al caso los argumentos siguientes de la sentencia:

a) se reitera que el *dies a quo* se sitúa en el momento en que “lo supo el agraviado” (*actio nata*), que ha de relacionarse con la posibilidad de ejercicio efectivo (teoría de la realización), y que esos principios son de difícil aplicación por la existencia de tres tipos de daños: duraderos o permanentes; continuados o de producción sucesiva y daños sobrevenidos;

b) desde el punto de los hechos relevantes (dimensión fáctica de la prescripción), considera acreditado que los efectos de la ingestión de talidomida (fundamentalmente efectos teratogénicos —malformaciones congénitas— en extremidades) fueron concretados por la comunidad científica hace muchos años (desde el año 1962) —lo que motivó su retirada del mercado— y que dichos efectos se consideraban “fácilmente detectables al nacimiento”, no produciéndose desde entonces nuevos casos. También que AVITE se fundó el 22-3-2003, habiendo modificado sus estatutos el 19-11-2011; que cinco socios de AVITE fueron reconocidos como pensionistas en Alemania por la Fundación Contengan y que se intentó sin éxito el acuerdo extrajudicial una vez que diversas resoluciones administrativas con base en el RD 1006/2010 reconocieron a los socios de AVITE la condición de beneficiarios de ayudas públicas por su condición de víctima de la talidomida en España;

c) desde el punto de vista jurídico (dimensión jurídica de la prescripción), no discutiéndose que se trata de un supuesto de responsabilidad por culpa extracontractual en el que rige el plazo de prescripción de un año, la controversia se contrae a determinar el *dies a quo*, en función de cada tipo de daños. Y al respecto, señala:

(i) Los daños derivados de la ingestión por la madre son detectables en el momento del nacimiento, de manera que como máximo todos los perjudicados estuvieron en disposición de ejercitar la acción de reclamación cuando alcanzaron su mayoría de edad (en todos los casos, mucho

tiempo antes de que se presentara la demanda). Aunque se trate de daños continuados, según tesis de la actora, en los que el cómputo se difiere al momento en que se genera el definitivo resultado, la jurisprudencia matiza que esto es así “cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida”, situación concurrente en este caso. En suma, considera que para las lesiones que se evidencian en el momento del parto, es este el día inicial porque las secuelas quedan definitivamente concretadas en ese momento, como defectos permanentes, sin perjuicio del agravamiento o de la aparición de nuevas secuelas, que implicarían una nueva etapa o estadio distinto del anterior.

(ii) Por tanto, para las lesiones incardinables en el concepto de daños consecutivos, según el informe Heidelberg (los que se desarrollan a lo largo de su vida), no cabe interpretar la doctrina de los daños continuados en el sentido de que en aquellos casos no comience a computarse el plazo de prescripción con la excusa de la posibilidad de que se produzcan en el futuro nuevos padecimientos que traigan causa de la ingesta de talidomida (esto equivaldría a que la acción no prescribiera nunca). Se debe tomar en cuenta el momento en que el perjudicado tuvo un conocimiento razonable del daño y de su evolución. De ahí que los daños consecutivos (escoliosis y artrosis) sí puedan considerarse como sobrevenidos al objeto de considerar que se integran en una nueva etapa no afectada por la prescripción de los daños y secuelas que se concretaron en el nacimiento.

(iii) Aplicando esta doctrina a los hechos probados concluye que ha prescrito la acción para reclamar por todos los daños pues desde hace décadas (desde 1962) se sabían los efectos de la talidomida, su dimensión social y mediática, como ejemplifica la creación de fundaciones de víctimas (Contergan tras resolución del Tribunal de Aquisgrán en 1970), incluyendo AVITE (2003), de manera que sus socios al menos desde su constitución sabían de la relación causal de sus padecimientos y dicho medicamento. También pudieron acudir al Centro de Investigación

de Anomalías Congénitas (CIAC) y no lo hicieron. En la tesis más favorable, en el año 2008 ya podrían haber obtenido los correspondientes diagnósticos (ninguno de los diagnósticos realizados durante el periodo 2006-2008 por dicho organismo fue aportado por los demandantes). Por tanto, la acción se encontraba ya prescrita cuando el presidente de AVITE solicitó a la demandada tener reuniones (diciembre de 2010) y también al tiempo en que se presentó la papeleta de conciliación (junio 2011), sin que el hipotético reconocimiento de responsabilidad de los interlocutores de Grünenthal en las reuniones de mayo y junio de 2011 tenga valor para reanudar el plazo de prescripción ya agotado. Tampoco sirve para interrumpir la prescripción el RD 1006/2010, y el reconocimiento de su condición de talidomídicos pues el diagnóstico seguro pudieron haberlo obtenido mucho antes dirigiéndose al CIAC, además de que tanto dicho reglamento como la Ley 26/2009 tienen carácter social y no pueden surtir efectos en orden a la prescripción. Los daños secundarios o de aparición tardía han de entenderse como una nueva etapa, por lo que, de acreditarse estos en el futuro, solo procedería reconocer la indemnización por estas secuelas y no por las anteriores (daños prenatales y consecutivos) afectadas por la prescripción. De la prueba obrante no se desprende la existencia de este tipo de daños tardíos, sin perjuicio de que en el futuro la investigación científica pueda acreditar su relación de causalidad con la talidomida.

La demandante AVITE ha formulado un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Los dos han sido apoyados por el Ministerio Fiscal.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.— Se formulan cuatro motivos.

En el primero denuncia la infracción del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 1.1 de la Ley 29/98. Se argumenta una supuesta falta de jurisdicción del orden civil para interpretar la conformidad o disconformidad del RD

1006/2010 con respecto a la Ley 26/2009 que desarrolla.

En el segundo la infracción se refiere al artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 5 y 6 G del RD 1006/2010, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas de personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960/1965, y del artículo 24 CE, en la medida en que dichas infracciones “han supuesto una errónea valoración de la prueba por arbitraria e ilógica” en tanto que la sentencia tiene por prescrita la acción partiendo del hecho de que los reconocimientos diagnósticos del CIAC (Centro de Investigación de Anomalías Congénitas) a los socios de AVITE se llevaron a cabo en el periodo 2006-2008, lo que deduce de un “anexo” del propio CIAC de 2007 y del Dictamen del Consejo de Estado sobre el RD 1006/2010.

En el tercero y en el cuarto denuncia la infracción de los artículos 218 LEC y 24 CE por falta de exhaustividad, y 218.2 y 24.1 por motivación contraria a la lógica y a la razón. Reitera, como en el anterior, que “dicha infracción ha supuesto una errónea valoración de la prueba por arbitraria e ilógica”, respecto al plazo de prescripción, de forma suficiente para haber vulnerado los artículos 9.3 CE, 24 y 51 CE, dejando sin valorar el informe Heidelberg y documentos de archivo público de Dusseldorf.

TERCERO.— Ciertamente, y así lo ha puesto de manifiesto la parte recurrida, en la formulación de dichas infracciones se advierten incorrecciones formales que aisladamente consideradas podrían justificar su inadmisión. Así, respecto a los dos últimos motivos, no se justifica haber cumplido con el deber de agotar todos los medios posibles para la denuncia o subsanación de la infracción o el defecto procesal —artículo 470.2 LEC, en relación con el artículo 469.2 LEC—; en concreto, no se justifica haber solicitado la aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia. Y en particular en el caso del motivo tercero, la cita del artículo 218 se hace sin especificación del párrafo, lo que esta Sala rechaza en la medida que no cabe confundir incongruencia y falta de motivación, mientras que en el cuarto, aunque sí se invoca acertadamente el

párrafo 2º del artículo 218 con respecto al deber de motivación, sin embargo se utiliza un cauce equivocado, al citarse el ordinal 4º en lugar del 2º del artículo 469.1 LEC.

En cualquier caso, prescindiendo de las incorrecciones en que se pudo haber incurrido en la formulación de este recurso, esta Sala dará respuesta a todos ellos dada la vinculación que hay entre los motivos y, especialmente, por la vinculación que existe entre las dimensiones fáctica y jurídica referidas a la existencia o inexistencia de prescripción extintiva en razón a la delimitación del día inicial para el comienzo del cómputo en función de la naturaleza de los daños por los que se reclama; todo ello desde la idea de que no estamos ante una responsabilidad civil derivada de un delito ni ante una legislación como la penal, preventiva de delitos y faltas como instrumento de protección de la persona y de la sociedad, en la que determinados delitos se consideran imprescriptibles por su especial gravedad (artículo 131 CP), sino ante una responsabilidad por culpa —artículo 1902 CC— para la que nuestro derecho fija el breve plazo de un año para el ejercicio de la acción —artículo 1968.2 CC—, al que se sujeta el enjuiciamiento de lo que el Ministerio Fiscal califica de “hecho gravísimo para la conciencia de la humanidad”, y ante unos hechos que tienen su origen hace cincuenta años.

Todos ellos se desestiman.

1.— Con carácter general, en el primer motivo, más que una cuestión puramente procesal se suscita una controversia que aparentemente tiene que ver con el tema de fondo (prescripción) pues lo que se cuestiona es la trascendencia o repercusión que la sentencia otorga al RD 1006/2010 y a las decisiones del INSERSO en materia de prescripción (la tesis de la demandante es que hay que estar al momento en que este organismo, de acuerdo con el citado RD, decidió reconocer a las víctimas su condición de perjudicados por el consumo de talidomida). En el segundo, se combate la valoración de la prueba documental pública como punto de partida para alcanzar conclusiones diferentes de orden fáctico respecto de las que tuvo en cuenta la sentencia recurrida. Y en los dos últimos, aunque se

plantean en apariencia cuestiones estrictamente procesales referidas a los defectos de la sentencia (incongruencia, falta de exhaustividad y motivación lógica), en la práctica, y así se expresa en el recurso, se trata de combatir la valoración probatoria de unos documentos que la sentencia valora de forma diferente.

2.— La sentencia de apelación no cuestiona la legalidad del Real Decreto 1006/2010 ni invade atribuciones propias de la jurisdicción contenciosa administrativa, a la que se reserva el control de su legalidad. Se limita a valorarlo en la misma forma que lo hace la recurrente, para estimar el recurso de apelación con argumentos que, en lo sustancial, no vinculan el RD con la prescripción extintiva de la acción, a la que no se refiere, sino con el contexto de distintos periodos temporales en que la demandante pudo formular la demanda.

3.— El hecho de que la sentencia, con encomiable esfuerzo, haya analizado los distintos periodos en que la demandante pudo ejercitar la acción, no puede utilizarse fraccionadamente para tachar de arbitrarias e ilógicas las conclusiones obtenidas. Lo que dice la sentencia es que la acción estaba prescrita en todo caso cuando se publica el RD 1006/2010.

4.— El informe Heidelberg no ha sido ignorado en la sentencia. Al informe se refieren con detalle los Fundamentos Jurídicos decimocuarto y decimosexto, cosa distinta son las conclusiones que obtiene del mismo, y ni este ni los documentos de los archivos de Dusseldorf son relevantes en materia de prescripción de la acción que ha sido ejercitada en la demanda. El hecho que las pensiones se hayan incrementado sustancialmente a los afectados reconocidos por la fundación alemana ConterganStiftung (excluidos del fallo), en ningún caso determina un nuevo cómputo de la prescripción para los daños que se reclaman y que aceptó la recurrente al no recurrir la sentencia del juzgado, entre otras razones porque no se ha identificado en qué medida este incremento de las pensiones determina un nuevo cómputo de la prescripción o que la acción ya prescrita reviva, como sucede con el supuesto

reconocimiento tardío de responsabilidad por la demandada.

Pero aunque así lo fuera, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, no impone a los tribunales la obligación de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes. Lo que exige es que la respuesta judicial esté fundada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, hasta el punto de que solo una motivación que, por arbitraria, deviene inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución (STC 25 de junio 1992; STS 11 de noviembre 2011). El motivo, en definitiva, más parece dirigido a denunciar un agravio comparativo entre las indemnizaciones reconocidas por la administración española a los afectados y las que se reconocieron recientemente en Alemania, que a fundamentar con rigor jurídico una verdadera impugnación de la sentencia.

5.— Pretender que es un hecho incontrovertido que no existe un diagnóstico de certeza científica para establecer la etiología del daño por talidomida en la gestación, supone desconocer el conjunto de actos anteriores a la formulación de esta demanda, como los que resultan del proceso de Contengan o de la misma creación de la asociación que ahora demanda, determinantes del conocimiento que los afectados tenían del hecho causal —talidomida— y del causante del daño —la farmacéutica Grünenthal Pharma, SA—, e incluso del alcance definitivo del daño. Cosa distinta es la aparición de daños sobrevenidos entre los que están los que la parte ahora recurrente aceptó de la sentencia de 1ª instancia, que no recurrió.

6.— Finalmente, la sentencia identifica varios momentos temporales desde que se produjo el nacimiento de los afectados por la talidomida a partir de los cuales pudieron estos ejercitar la acción, el último de ellos cuando el CIAC hace las evaluaciones previas al RD, siendo así que todos ellos han transcurrido, y frente a ello todo el esfuerzo argumentativo viene referido al año 2010 en que se dicta el RD 1006/2010 hasta el que, según la recurrente, no pudo ejercitar la acción. Ninguna

de estas consideraciones, salvo el referido a este RD, ha sido combatida por la recurrente.

RECURSO DE CASACIÓN

CUARTO.— Todo el recurso viene referido a la apreciación de la prescripción extintiva de la acción, defendiéndose la naturaleza de daños continuados y el cómputo del plazo de prescripción anual a partir del momento en que los perjudicados estuvieron en disposición de conocer el alcance de sus daños, esto es, no antes de la fecha en que se les reconoció legalmente como afectados por el Real Decreto 1006/2010 y, en concreto, no antes de las resoluciones del INSERSO que, en aplicación del mismo, les fueron reconociendo como beneficiarios de ayudas públicas, sin que, a juicio de la recurrente, sea admisible diferenciar etapas o tramos en función del tipo de daños.

El conflicto se plantea en concreto:

a) en primer lugar, porque la sentencia recurrida niega que se tratara de daños continuados cuya prescripción no podía computarse sino desde que se conociera su definitivo resultado, entendiéndose, por el contrario, de una parte, que los daños derivados de la ingestión por la madre eran ya detectables en el momento del nacimiento, con independencia de que sus efectos fueran permanentes —lo que conllevaba que todos los perjudicados estuvieran en disposición de demandar, como máximo, cuando alcanzaron la mayoría de edad sin perjuicio del agravamiento o de la aparición de nuevas secuelas, que implicarían una nueva etapa o estadio distinto del anterior— y de otra, con respecto a los daños sobrevenidos (escoliosis y artrosis), entendiéndose que no era posible diferir sine die el inicio del cómputo con la excusa de no conocer el resultado definitivo cuando sí es posible fraccionar etapas diferentes o hechos diferenciados, dado que tales daños consecutivos se integran en una nueva etapa no afectada por la prescripción de los daños y secuelas que se concretaron en el nacimiento, y,

b) porque niega valor interruptor de la prescripción al RD 1006/2010, y al reconocimiento de su condición de talidomídicos considerando que

el diagnóstico seguro pudieron haberlo obtenido los perjudicados mucho antes de su entrada en vigor, dirigiéndose al CIAC, además de que tanto dicho Reglamento como la Ley 26/2009 tienen carácter social de ayudas a los afectados cualquiera que sea el responsable de sus padecimientos, y no pueden surtir efectos en orden a la prescripción.

En concreto, la infracción cometida en la sentencia vendría referida —cinco motivos— a los artículos 1 y 2.1 del RD 1006/2010; al principio general del Derecho según el cual la justicia es tratar desigualmente los casos desiguales; a la aplicación restrictiva de la prescripción de las acciones y del principio *in dubio pro actione*; a la doctrina de los daños continuados, a los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil y al principio general del derecho *actio nondum nata non praescribitur*.

Todos ellos se desestiman.

1.— La fijación del día inicial del plazo de prescripción presenta una doble dimensión, fáctica y jurídica, de manera que aunque el juicio fáctico, ligado a la valoración probatoria, corresponde en principio al tribunal de instancia, en ejercicio de sus facultades exclusivas, y no es revisable en casación, por el contrario, la apreciación de la prescripción desde el plano jurídico permite a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables (por todas, STS 2-4-2014, rec n° 608/2012).

Pues bien, con independencia de que a la entrada en vigor del RD 1006/2010 la prescripción ya se había producido, como precisa la sentencia, lo que se pretende es dar a esta disposición legal una dimensión jurídica que no tiene. Una cosa es el reconocimiento oficial de la condición de afectado, o lo que es igual, la confirmación de un estado de salud que ya existía con anterioridad, para beneficiarse de las ayudas públicas, y otra distinta la prescripción, sobre la que nada establece. Lo contrario sería dejar en manos de terceros, públicos o privados, sin intervención de las partes o parte interesada, la determinación del día a partir del cual la acción podía ejercitarse.

Tampoco es determinante dicho Real Decreto para declarar la concreta situación de incapacidad, que ya existía, y trasladar el plazo de prescripción más allá del alta médica, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, por ser el momento en que se concreta definitivamente el daño y pudo ser conocido en toda su extensión por el perjudicado (SSTS 25 mayo 2010; 9 de enero 2013, entre otras). En primer lugar, porque es un argumento ajeno al recurso y como tal no se puede utilizar, sin la contradicción debida, para fundamentar un plazo distinto. En segundo lugar, *“en el presente supuesto —dice la sentencia recurrida— ni se trata de un expediente laboral, ni la disposición adicional 57ª de la Ley 26/2009 ni el Real Decreto que la desarrolla tienen por finalidad determinar y valorar definitivamente la incapacidad de los afectados por el principio activo de la talidomida, pues se trata de conceder ayudas (a tanto alzado en virtud de un grado de invalidez ya determinado) por razones de solidaridad”*. En tercer lugar, la sentencia (examinando todas las hipótesis en beneficio de las víctimas para ser indemnizadas), analiza el estado de algunos socios de AVITE cuyos documentos constan en las actuaciones y la fecha en que se les reconoció el grado de minusvalía a partir de la cual considera que ha transcurrido con creces el plazo de prescripción, y es que, lo que en este caso se reclama es una indemnización derivada de las malformaciones que sufren los miembros de la asociación, por lo que la consolidación del daño se produjo desde el mismo momento del nacimiento, en la mayoría de edad o, eventualmente, en el momento de su reconocimiento a efectos de declaración administrativa de incapacidad, como con detalle y acierto analiza la sentencia recurrida.

2.— Dice la sentencia de 8 de octubre de 2001, citando la de 12 de junio de 1980, que *“es doctrina constante de esta Sala, que para fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del derecho, ha de estar reconocido como tales en la ley o en la jurisprudencia, que debe ser citada expresamente, como ineludible exigencia para que pueda ser tenido en cuenta”*. En el mismo sentido, la sentencia de

1 de diciembre de 1989 afirma que “según doctrina de esta Sala que se enuncia en sentencia de 10 de diciembre de 1894, para que la infracción de los principios generales del Derecho puedan dar lugar a un recurso de casación preciso se hace la cita de la Ley o sentencias que lo establecen”.

Se dice que ha sido vulnerado el principio que exige tratar desigualmente los casos desiguales. Pero este principio es ajeno al ordenamiento civil. Es cierto que el principio de igualdad permite el tratamiento desigual en determinadas situaciones de hecho desiguales y que los poderes públicos pueden actuar para poner remedio a la situación de determinados grupos sociales en indudable desventaja con respecto a otros, como corresponde a todo Estado Social y Democrático de Derecho. Con esta prioridad se reguló el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España para responder a la necesidad de reconocimiento y apoyo solidario, en línea con la actuación de otros países de nuestro entorno.

Es cierto —STC 90/1995, de 9 de junio, citada en la de esta Sala de 4 de noviembre de 1997— que no toda desigualdad de trato legal respecto de la regulación legal de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la CE, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable. El artículo 14 CE se vulnera cuando un mismo órgano judicial se aparta, de forma inmotivada, de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales (SSTS, entre otras, de 18 de junio 2011 y 20 de junio 2013). Y, aunque los hechos a que se refieren las sentencias que se citan en el recurso para justificarlo sean distintos a los que ahora se enjuician, ello no significa que la cuestión jurídica sometida a

la consideración de esta Sala no sea la misma y que necesite un tratamiento desigual, ni justifica que la peculiaridad del caso permita evolucionar hacia una interpretación judicial contraria a la legalidad. Lo que se reclama nada tiene que ver con daños futuros o de reciente aparición. Lo que se reclama es una indemnización calculada en función de los puntos de discapacidad reconocidos administrativamente a las personas en cuyo nombre se ejercita la acción, evidentes desde el momento del nacimiento, y que la demandante atribuye a la ingesta de la talidomida durante la gestación. Nada más.

3.— Es doctrina reiterada de esta Sala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS 22 de febrero 1991; STS de 16 de marzo 2010, 17 de julio 2012 y 2 de abril de 2014, entre otras). El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS 16 de marzo 2010; 29 de febrero 2012, entre otras), como se pretende en este caso mediante la invocación de la Ley 26/2009, no solo porque la prescripción ya se había producido cuando se publica, sino porque no responde a una reclamación de parte ni nada dispone esta norma en materia de prescripción.

Lo que no es posible es convertir la acción en imprescriptible, ni pretenderlo sin atender a los distintos periodos que la sentencia ha tenido en cuenta para establecer el día inicial de la prescripción, a partir de una peculiar interpretación del principio constitucional de seguridad jurídica sobre el día inicial prescindiendo de sus argumentos sobre los informes del CIAC y del INSERSO. Que la talidomida puede ser causa de las malformaciones no es algo nuevo, algo que haya descubierto el RD 1006/2010 después de cincuenta años para procurar la reparación del daño frente a quien lo causó. Lo que aporta la

sentencia es lo que ahora niega la parte recurrente: seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 46/1990, de 15 de marzo; STS 14 de diciembre 2005), como una expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (SSTS 36/1991, de 14 de febrero; 96/2002, de 25 de abril). La solución sin duda no está en estos momentos en los tribunales, ni ninguno se cita de algún país nuestro entorno que haya procurado soluciones distintas del orden civil a la que aquí se pretende, lo que no anula una eventual expectativa de que la administración tome conciencia de situaciones como la acontecida, o de cualquier otra especie, y le haga frente, como ya hizo en el año 2009.

4.— Además, la apreciación de la prescripción, como cuestión de fondo, en principio no vulnera el derecho de acceso a la justicia (SSTC nº 42/1997, 77/2002, 103/2003 y 125/2004), si bien su apreciación sí puede tener relevancia constitucional desde la perspectiva de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 160/1997 y ATC 210/2005), cuando no se trata propiamente del cómputo del plazo (cuestión de legalidad ordinaria) sino de la propia existencia de la prescripción como imposibilidad de obtener la tutela de un derecho (SSTC 42/1997, 160/1997 y 12/2005), lo que no ocurre en este caso.

5.— El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS de 27 de febrero de 2004; 24 de mayo de 2010; 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.

Aunque la jurisprudencia retrasa el comienzo del plazo de prescripción en supuestos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida hasta la producción del definitivo re-

sultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (STS 14 de junio 2011).

El daño permanente es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente, el plazo de prescripción comenzará a correr “desde que lo supo el agraviado”, como dispone el art. 1968. 2º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción (SSTS 28 de octubre 2009; 14 de junio 2001).

Es el caso de las enfermedades crónicas (STS de 18 de diciembre de 2014, rec. nº 2339/2012 —amianto—; 5 de mayo de 2010, rec. nº 1323/2006 —tabaquismo— y 15 de octubre de 2008, rec. nº 2721/2003 y 19 de enero de 2011, rec. nº 1331/2007 —contagio VIH—), y de los daños medioambientales (SSTS de 11 de junio de 2011, rec. nº 1905/2009 y 28 de octubre de 2009, rec. nº 170/2005), entre otros.

Pues bien, lo único que se reclamó en la demanda es una indemnización consistente en 20.000 euros por “cada punto porcentual de minusvalía reconocida por la Administración Española”, es decir, una indemnización por las malformaciones físicas existentes al tiempo del nacimiento, en función del reconocimiento de minusvalía de carácter administrativo. Supone que las secuelas no se han modificado y que el daño en sí se provocó en dicho momento y no en otro posterior, sin que pueda quedar indeterminado en virtud de una posible evolución de la enfermedad en un sentido o en otro. Por tanto, la sentencia no ha fraccionado el daño, pues como

tal no considera los sobrevenidos en una etapa distinta, y como consecuencia declara prescrita la acción dejando a salvo los daños secundarios o de aparición tardía, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior, lo que en estos momentos no se ha acreditado a través de la correspondiente investigación científica, ni resulta tampoco del informe Heidelberg en que se establece simplemente como posibilidad y sin carácter general.

Los afectados de manera individual, dice la sentencia, *"tras los correspondientes informes clínicos en los que se compruebe, se les diagnostique estas secuelas (o nuevos daños) y sus efectos invalidantes, podrían ejercitar (si así lo entendieren) las acciones correspondientes por las mismas (no por las anteriores), pues entonces (tras estos nuevos diagnósticos) sí se iniciaría un nuevo plazo de prescripción (artículos 1968.2 y 1969 CC), al ser en ese momento cuando quedaría concretado el alcance de los nuevos daños (STS 19 enero 2011), pues respecto de los mismos, una vez se acrediten respecto de cada uno de los afectados, sí sería de aplicación el principio "actio nondum nata non praescribitur" (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir)".*

Y es que una cosa es que los daños se manifestaran con el nacimiento, que no son daños continuados sino permanentes y evaluables, en los que el plazo de prescripción comienza a correr cuando se produjeron, y se constató su carácter permanente y definitivo, y otra distinta son estos daños tardíos en los que sí cabe que el cómputo se difiera al momento en que sus consecuencias lesivas sean definitivas.

Estamos ante la llamada cosa juzgada temporal, o lo que la doctrina conoce con el nombre de límites temporales de la cosa juzgada, que es admitida por nuestra jurisprudencia, especialmente en aquellos supuestos en que el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de daños nuevos, o una agravación del anteriormente apreciado, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior. Supone que una sentencia puede servir de complemento a otra cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos, no a hipóte-

sis en que la indemnización pudo preverse con anterioridad (SSTS 19 febrero 1973, 27 enero 1981, 13 mayo 1985, 9 febrero 1988 y 15 marzo 1991), y, en cualquier caso, no podría conllevar que el plazo inicial de prescripción volviera a computarse para todos ellos. En la actualidad, la posibilidad de indemnizar por daños sobrevenidos está reconocida en el Anexo. Primero. 8 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor 30/1995.

QUINTO.— La desestimación de los recursos determina la condena en costas de la recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394, en relación con el 398 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE), contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 85/2014, por la Audiencia Provincial de Madrid —Sección 14ª—, de fecha 13 de octubre de 2014, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Francisco Marín Castán José Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Sarazá Jimena Eduardo Baena Ruiz

Pedro José Vela Torres

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR

FECHA:20/10/2015

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se aceptan los argumentos de la sentencia en orden a desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal.
2. El formulante del presente voto particular difiere del parecer de la Sala en cuanto a la alegada excepción de prescripción, cuya existencia acepta la sentencia.
3. La línea argumental de la sentencia se basa en que los recurrentes tuvieron tiempo más que suficiente para instar la demanda.
4. Sin embargo, debe tenerse presente que el inicio del cómputo de la acción ejercitada “dies a quo” comienza tras el reconocimiento administrativo de la incapacidad existente y siempre que ésta esté relacionada con la ingestión de talidomida.
5. La jurisprudencia de esta Sala viene siendo constante en que no basta con la consolidación de las lesiones, sino que la fecha de inicio de la prescripción es necesario ponerla en relación con la declaración administrativa de incapacidad.
6. En este sentido la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 2011, rec. 1418/2007: *Entrando a examinar por tanto el primer motivo del recurso, y dentro de éste su apartado o submotivo 1º, que es el que impugna la apreciación de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual ya que el otro plantea como alternativa la aplicación del plazo de quince años por yuxtaposición en la demanda de una acción alternativa de responsabilidad contractual, las normas que se citan como infringidas son los arts. 1968 y 1969 en relación con los arts. 1973 y 1902, todos del CC, porque en opinión del recurrente el día inicial del plazo de prescripción de la acción no es el tomado en tal concepto por la sentencia recurrida sino el 20 de junio de 1996, fecha de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que, desestimando tres recursos de suplicación, entre ellos el de propio actor hoy recurrente, determinó la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social de 14 de noviembre de*

2004 que, estimando la demanda del hoy recurrente contra la empresa, el INSS, la TGSS y la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lo declaró en situación de invalidez permanente en grado de incapacidad permanente total para su profesión de gruísta derivada de accidente laboral, reconociendo así el carácter invalidante de las lesiones psíquicas que la Dirección Provincial no le había reconocido en su resolución de 11 de octubre de 1993, y desestimó su demanda en cuanto pretendía una declaración de invalidez permanente absoluta, pretensión esta última que fue la que el hoy recurrente mantuvo en su recurso de suplicación.

Pues bien, el motivo así planteado debe ser estimado porque, siendo ciertos los hechos en que se funda, es doctrina de esta Sala, contenida en las dos sentencias ya citadas en el fundamento jurídico precedente, y también en la de 24 de mayo de 2010 (rec. 644/06), que “cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador sólo entonces se dispone de un dato —incapacidad— que afecta esencialmente al daño padecido” (SSTS 24 y 25-5-2010); así como que “cuando, como en este caso, el demandante no se hubiera conformado en su día con la resolución administrativa correspondiente sobre el grado de su incapacidad, la jurisprudencia... toma como día inicial del cómputo aquel en que se resuelva definitivamente la reclamación del perjudicado contra la decisión administrativa sobre el grado de su incapacidad, pues sólo entonces podrá detallar en su demanda civil el definitivo quebranto sufrido...” (STS 7-10-09 en rec. 1207/05).

En coherencia con esta doctrina la propia sentencia de 7 de octubre de 2009 fijó el día inicial del cómputo en la fecha de notificación al demandante de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que desestimó su recurso de suplicación; la de 24 de mayo de 2010 en la fecha del auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que declaró la firmeza de la sentencia de suplicación; y la de 25 de mayo de

2010 en la fecha de la sentencia firme que puso fin al procedimiento laboral.

En suma, como puntualiza la sentencia de 7 de octubre de 2009, “[no] se trata, por tanto, de un problema de interrupción de la prescripción de la acción civil por la presentación de una demanda ante el orden social, materia de la STS 14-2-08 (rec. 5709/00) citada por la parte recurrida en su escrito de oposición, sino del momento mismo en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción civil en virtud de la definitiva determinación del daño sufrido por el perjudicado”; y como declara la sentencia de 25 de mayo de 2010, “a reclamación de la indemnización por el concepto de invalidez dependía de que de modo definitivo se dilucidara por el orden social la concreta incapacidad que afectaba al interesado, pues, por más que los parámetros de la indemnización puedan ser distintos en cada jurisdicción, o que la social tome en consideración el grado de invalidez a efectos prestacionales, la invalidez, como manifestación del daño para la salud y, por ende, en cuanto concepto susceptible de ser indemnizado también en vía civil por la referida compatibilidad (el Sistema de Valoración introducido por el Anexo de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, contempla las lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima dentro de la Tabla IV, como un factor de corrección cuya cuantificación depende de su graduación) debía ser determinada en sus términos más precisos a fin de que el conocimiento exacto del perjuicio sufrido permitiera al interesado reclamar detalladamente su resarcimiento. No puede operar en contra del lesionado la falta de determinación definitiva de esa incapacidad laboral, ni siquiera cuando, como acontece, la impugnación en la jurisdicción social es promovida por otra persona o entidad ajena al trabajador lesionado (en este caso la Mutua), ni por la circunstancia de que finalmente la resolución que la califica de modo firme se limite a ratificar los términos en que quedó determinada por la resolución administrativa inicial, ya que entender lo contrario equivaldría a hacer depender la determinación

del plazo de prescripción del éxito o fracaso de la pretensión impugnatoria”.

Por todo ello, dictada en este caso la sentencia de la Sala de lo Social el 20 de junio de 1996 y presentada la demanda el 27 de enero de 1997, es claro que no había transcurrido el plazo de un año establecido en el art. 1968-2º CC.

7. De la transcrita doctrina se deduce que hasta que no haya un pronunciamiento administrativo firme sobre la incapacidad o invalidez no se inicia el cómputo de la acción.

8. Ante esta línea doctrinal uniforme (art. 14 de la Constitución) esta Sala, en la resolución del presente recurso, debería haber desestimado la excepción de prescripción pues aún no se habían iniciado los procedimientos administrativos de incapacidad, dado que los mismos en lo que se refiere a la relación de causalidad entre talidomida y lesiones o secuelas se iniciaron a partir del RD 1006/2010.

9. Es cierto que con anterioridad al RD 1006/2010 se plantearon por algunos afectados procedimientos de incapacidad pero, los mismos, solo concretaban la existencia de lesiones y/o secuelas, no la relación de causa a efecto con la talidomida lo cual solo se va a efectuar tras el RD 1006/2010, como establece esta norma en su art. 8.

10. Que el RD 1006/2010 se dicte en relación con las ayudas sociales no priva a esta norma de ser la primera y única que relaciona, en España, la ingesta de talidomida con los procedimientos de incapacidad a seguir y por ello fija un plazo de presentación, normas sobre la instrucción y reglas sobre la valoración de la discapacidad (arts. 5 a 8 del RD). Es esencial, como establece el art. 6 g) del RD, que se determine la relación de causalidad entre talidomida y las malformaciones, para lo que se exige el informe del Instituto de Salud Carlos III, extremo este que por primera vez se establece en nuestra normativa, lo que permite entender que la acción no estaba prescrita, al no haberse concretado hasta el RD la forma en que el Estado español iba a entender que las malformaciones y la talidomida estaban íntimamente unidas.

11. Por lo expuesto procede declarar que en la sentencia de esta Sala se infringen los arts. 1968 y 1969 del C. Civil, en relación con el art. 14 de la Constitución, en cuanto la Sala se aparta, sin justificación, de la interpretación que venía efectuando, de forma uniforme, de los dos primeros preceptos referidos (sentencia referida de 11 de febrero de 2011 y las que ella cita) en lo relativo al inicio del cómputo de la prescripción, con lo que se infringe el derecho a la igualdad ante la ley de que gozan todos los ciudadanos españoles.

12. Estimándose el recurso de casación, por las razones expuestas, y en aras a preservar el derecho a la doble instancia, procedería la devolución del procedimiento a la Audiencia Provincial para que se pronuncie sobre el resto de las cuestiones esgrimidas.

En opinión del formulante del presente voto particular, procede la estimación del recurso de casación y desestimación del recurso extraordi-

nario por infracción procesal interpuestos contra la sentencia de fecha 13 de octubre de 2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, y procedería la devolución del procedimiento a la misma para la resolución del resto de las cuestiones planteadas.

Madrid, a 20 de octubre de 2015.

Firmado.– Francisco Javier Arroyo Fiestas

Magistrado de la Sala primera del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN.– Leída y publicada fue la anterior sentencia y voto particular por el EXCMO. SR.

D. **José Antonio Seijas Quintana**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico. El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

PENAL

ELENA GÓRRIZ

Profesora Titular Derecho Penal. Universidad de Valencia. Facultad de Derecho

(Tol 5537062)

Cabecera: Delito contra el medio ambiente: emisiones atmosféricas que dañan la capa de ozono. El dolo eventual colma las exigencias culpabilísticas del artículo 325 CP. Gravedad del riesgo para el ecosistema derivada de la persistencia en el tiempo de las emisiones y su volumen global. Subtipo agravado derivado de la clandestinidad de la industria: fundamento. Es delito especial. No es apreciable en una actividad empresarial que cuenta con autorizaciones administrativas aunque se haya desviado de sus términos y de su estricto ámbito. La atenuación derivada de la reparación (artículo. 339 CP) no es en principio comunicable a todos los partícipes. Solo beneficia por regla general al que efectúa la acción reparadora. Responsabilidad civil en los delitos contra el medio ambiente: los títulos de condena a una indemnización como consecuencia de una actividad delictiva no consienten la fijación de indemnizaciones simbólicas, en el sentido de no ser estrictamente compensatorias, y venir referidas a la colectividad en general y no vinculadas a unos daños concretos causados a una persona, física o jurídica, identificable.. Delito contra el medio ambiente frigoríficos. Delito contra medio ambiente vertidos contaminación consejo de administración

Jurisdicción: Penal

Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 13/10/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Sección: Primera

Número Sentencia: 521/2015

Número Recurso: 144/2015

Supuesto de hecho: El Supremo establece la primera condena de cárcel por emisiones ilegales con efecto invernadero. La Sentencia de la Sala II destaca que existió un delito contra el medio ambiente y los recursos naturales por emisiones atmosféricas que dañan la capa de ozono, con grave riesgo para el ecosistema

RESUMEN:

La Sala II del Tribunal Supremo ha condenado a dos años y medio de cárcel por delito contra el medio ambiente a dos empresarios de Madrid por triturar de forma ilegal y sin autorización administrativa 2.236 frigoríficos, con lo que liberaron a la atmósfera 3.378 toneladas de CO₂, generando un gran riesgo para el medio ambiente y las personas. Incumplieron la normati-

va sobre los Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos, ya que carecían de autorización para el tratamiento de residuos peligrosos.

Además de los dos empresarios, un padre y su hijo, han sido condenados a 14 meses de prisión el encargado de la empresa y dos responsables de empresas que abastecían de frigoríficos a los primeros.

El Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el magistrado Antonio del Moral, destaca que existió un delito contra el medio ambiente y los recursos naturales por emisiones atmosféricas que dañan la capa de ozono, con grave riesgo para el ecosistema derivada de la persistencia en el tiempo de las emisiones (desde el año 2007 a 2010) y su volumen global.

Una de las empresas proveedoras de frigoríficos a los dos principales acusados actuaba en la planta de Valdemingómez como concesionaria del ayuntamiento de Madrid, con el objeto de hacerse cargo, entre otros residuos, de la totalidad de los frigoríficos que procedían de los puntos limpios de la ciudad.

Los recurrentes protestaron, en sus recursos ante el Supremo, de que era la primera sentencia condenatoria por emisiones con efecto invernadero, y considerar insuficiente su motivación. El alto tribunal responde que en toda modalidad delictiva habrá siempre una primera vez.

Sin embargo, el alto tribunal estima parcialmente el recurso de los condenados contra la sentencia de primera instancia dictada por la Audiencia de Madrid, que estableció condenas de cuatro años de cárcel para los dos máximos responsables y de dos años para los otros tres, y modifica a la baja las penas al no considerar que concurra el agravante derivado de la clandestinidad de la industria, que no es apreciable en una actividad empresarial que cuenta con autorizaciones administrativas aunque se haya desviado de sus términos y de su estricto ámbito.

Asimismo, elimina la indemnización de 60.000 euros que fueron condenados a pagar los acusados, ya que no cabe, en la responsabilidad civil derivada de delitos de medio ambiente, que no se vincule a daños concretos causados a una persona identificable, física o jurídica, sino a la colectividad en general, y darle carácter sancionador y no resarcitorio.

1. MARCO PROCESAL: OBJETO DEL PROCESO, PARTES PROCESALES Y CLASE DE RECURSOS

La sentencia que ahora se comenta, fue dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo (en adelante, TS), siendo ponente el magistrado D. Antonio del Moral García. En la misma se resuelven *cuatro recursos de casación* interpuestos

contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Tercera) de fecha cuatro de diciembre de 2014 (*Tol 4592069*). Conforme a esta última resolución, se enjuició un supuesto en el que, a grandes rasgos, desde 2007 hasta 2010, diversas empresas que solo contaban con autorización para gestionar residuos no peligrosos, se dedicaron a triturar residuos peligrosos, sin la necesaria autorización para ello; en concreto, hasta 2.236 frigoríficos, lo que ocasionó la emisión de 3.378 toneladas de CO₂ a la atmósfera, entendiéndose que así se puso en peligro el medio ambiente y la salud de las personas.

En concreto, se condenó al *administrador* (Antonio N.J.) de una empresa (Recuperaciones N.S.L.) que era la propietaria mayoritaria de *Trifer* —ambas, empresas contaminantes según la causa—, y a su vez, era presidente y consejero delegado de esta última. El hijo de aquel condenado (Antonio N.M.), que actuaba como gestor de las compras de *Trifer* y *Recuperaciones N.S.L.*, también fue condenado, así como Luciano R.C., que era el encargado general.

Los dos primeros acusados (Antonio N.J. y Antonio N.M. —padre e hijo—), fueron condenados, respectivamente, a título de autores de un *delito contra los recursos naturales y el medio ambiente del art. 325.1 CP*¹, con la agravante de *clandestinidad del art. 326 a) CP*, imponiéndoles las penas —a cada uno de ellos— de cuatro años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, multa, con responsabilidad penal subsidiaria, y pena de inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante cuatro años. Asimismo las empresas *Trifer* y *Recuperaciones Nieto SL* fueron condenadas como responsables directos, solidariamente, al pago de las penas de multa impuestas.

También fue condenado como autor, Óscar D.S.H., gestor de la empresa *Vertresa* (Vertederos R.S.A.) que entregó una cantidad no inferior a 1.920 frigoríficos a la empresa *Reciclajes Felma SA* con conocimiento de que su destino no iba ser una planta de tratamiento autorizada. Oscar reconoció plenamente los hechos y asumió sus responsabilidades, adoptando, una vez iniciada la investigación, medidas eficaces para evitar el posterior depósito y gestión irregular de los frigoríficos usados que accedían a las instalaciones de *Vertresa*, y consignó la responsabilidad civil correspondiente. En consecuencia, se apreció a su favor, la atenuante específica de reparación del daño del art. 340 CP, por lo que se le impuso unas penas de dos años

¹ Conforme a la versión de la LO 15/2003, de 25 de noviembre. La posterior reforma penal, operada por LO 5/2010, de 22 de junio, suprimió el apartado 2º del art. 325 CP.

de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; multa de trece meses y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal; e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de un año y seis meses. Se acordó la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta (art. 88 CP) por la de cuatro años de multa.

Por otra parte también fueron condenados Luciano R.C. y Félix M.P., respectivamente, como *cooperadores necesarios* de aquel delito, ante todo porque, el primero, actuó como encargado general de las empresas de Antonio N. —Trifer y Recuperaciones N.S.L.— y el último dirigía la empresa denominada Félix M.S.S.A. —también llamada *Reciclajes Felma SA*— que actuó como *proveedora* del material contaminante (frigoríficos) a las empresas Trifer y Recuperaciones N.S.L., recogiendo la totalidad de frigoríficos depositados en la entidad llamada *Vertresa* (dirigida por el también condenado Oscar). A cada uno de ellos se le impusieron las penas de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo, multa, con responsabilidad penal subsidiaria, y pena de inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un año y seis meses. Las empresas *Vertresa* y *Reciclajes Felma* fueron condenadas, a responder directa y solidariamente del pago de la pena de multa. Además los acusados Antonio N.J., Antonio N.M. y Luciano R.C. fueron condenados a indemnizar conjunta y solidariamente a la Consejería de Medio Ambiente de Madrid y las empresas Trifer y Recuperaciones NSL debían responder subsidiariamente de dicha cantidad. El resto de condenados (Félix MP y las empresas que dirigía) también debían responder, de similares indemnizaciones.

Por otra parte, en la resolución se absuelve a los acusados Juan Pablo GR, Miguel RV y Mariano GD —administradores y gestores de otras empresas que ocasionalmente, proveían a Trifer y Recuperaciones N.S.L.— de toda responsabilidad penal derivada de los hechos enjuiciados.

Frente a esta sentencia, se interpusieron *tres recursos* de casación por cuatro de aquellos condenados. Además se promovió un cuarto *recurso de casación* por dos de las entidades (Trifer y Recuperados N.S.L.), condenadas en aquella sentencia, a indemnizaciones derivadas del citado delito.

En líneas generales, los motivos de aquellos recursos giraron en torno a los argumentos de *quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional*. El Ministerio fiscal se opuso a dichos recursos, impugnando todos los motivos. La Sala Segunda del TS, no obstante, los admitió a trámite.

2. PRINCIPALES CUESTIONES JURIDICAS Y FUNDAMENTACIÓN REALIZADA POR EL TS

Con carácter previo al análisis de las cuestiones jurídicas que la STS de 13 de octubre de 2015 resuelve a la luz de los recursos de casación planteados, conviene delimitar con mayor precisión el supuesto de hecho que fundamentó la condena de la SAP de Madrid de 4 de diciembre de 2014.

Conforme consta como *hechos probados* de esta última resolución, los acusados Antonio N.J. —administrador de Recuperaciones N.S.L., así como presidente y consejero delegado de *Trifer*—, y su hijo, Antonio N.M. —delegado de compras de ambas—, actuaron *desde 2007 hasta 2010*, a través de aquellas dos entidades —que compartían tanto los recursos materiales como los empleados—, dedicándose a la actividad de almacenamiento y trituración de metales féreos y no féreos. Contaban exclusivamente con autorización administrativa para intervenir en el tratamiento y gestión de residuos no peligrosos. Durante aquellos años, los acusados se dedicaron a la compra de frigoríficos, incumpliendo con las disposiciones de la normativa sobre los Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos y careciendo de la necesaria autorización para la gestión de residuos peligrosos. Además quedó probado que las instalaciones de la empresa *Trifer* carecían de licencia municipal de actividad y funcionamiento, lo que motivó que se acordara su precinto por el Ayuntamiento de Madrid. Las entidades *Trifer* y *Recuperaciones N.S.L.* tenían, entre otros proveedores, las empresas “*Feliz M.S.S.A.*” que recogía la totalidad de frigoríficos depositados en la entidad “*Vertederos R.S.A.*” y otras sociedades. Una vez los frigoríficos se encontraban en las instalaciones de *Trifer*, se fragmentaban estos electrodomésticos, introduciéndolos con otros residuos metálicos en las máquinas trituradoras, con conocimiento de que se liberaban a la atmósfera los gases contenidos en sus circuitos y espumas aislantes, y que tal circunstancia significaba un gran riesgo para el medio ambiente y la salud de las personas. Consta probado que durante aquellos años se fragmentaron al menos 2.236 aparatos y, en consecuencia, se liberaron a la atmósfera 3.378 toneladas de CO₂ equivalente, lo que supuso un peligro muy notable para el equilibrio de los sistemas naturales y para la salud. El daño ambiental causado, de acuerdo con la valoración pericial fue por importe de 60.722 euros.

Teniendo presente estos hechos probados y las condenas recaídas, los recurrentes motivaron sus alegaciones planteando varias *cuestiones de carácter procesal-penal*. Todas ellas giran en torno a los siguientes argumentos: en primer lugar, el *quebrantamiento de forma*; segundo término, la *infracción de ley*; y, en tercer lugar, la *vulneración de preceptos constitucionales*.

Conectadas a las anteriores cuestiones, cabe extraer determinados problemas que principalmente repercuten en el ámbito del *Derecho penal sustantivo*, entre los que destacan, de un lado, la integración de la remisión en blanco prevista en el art. 325.1 CP para casos de emisiones de gases que perjudican a la capa de ozono, así como el estudio de la clase de peligro, entendido como *hipotético*, a partir de una concreta concepción del llamado efecto cumulativo de las emisiones; además se delimita la *clase de dolo* necesario para verificar aquel delito. De otro, la interpretación de la agravante de *clandestinidad* del art. 326 a) CP y por último, además de determinadas cuestiones atinentes a la aplicación de medidas reparadoras, esta sentencia ofrece un interesante pronunciamiento con respecto a la delimitación de la *responsabilidad civil* derivada del delito del art. 325.1 CP.

2.1. Cuestiones de índole procesal-penal resueltas en los Fundamentos jurídicos

El primero de los motivos de *índole procesal-penal* que se alegan en los distintos recursos de las partes, es relativo a la infracción del precepto constitucional al amparo del art. 5. 4 LOPJ por vulneración de la *presunción de inocencia* (art. 24.2 CE). Esta infracción se alega en varios recursos, resolviéndolo el TS respecto al recurso de uno de los condenados (Félix M.P. y las empresas Félix M.S.S.L. y Reciclajes F.S.A.). Esta cuestión se plantea en sede de casación por vía del art. 852 LECrim. Al respecto, uno de las quejas más destacables es la que apunta a la falta de motivación de la sentencia, protestando en concreto el recurrente por ser la primera condena por emisiones con efecto invernadero (FD 10). La queja se rechaza por infundada, sosteniendo el TS que en toda modalidad delictiva hay siempre una primera vez “si no, sería imposible que hubiesen segundas o terceras, o sucesivas condenas.

Otras quejas relacionadas con la vulneración de la presunción de inocencia apuntan a que no existe *prueba suficiente* que avale algunos aspectos del delito del art. 325.1 CP por el que se condena al recurrente —persona física—, como el número y condiciones del transporte de frigoríficos que se le atribuye. A la vez se denuncian algunos déficits de garantías en determinadas pruebas.

Estas cuestiones se suscitan a raíz de que el recurrente Félix M.P. alega que la declaración del coacusado Oscar D.S., en el acto del juicio oral, aceptando los hechos que se le atribuían y la cifra que fijaba el volumen de frigoríficos recogidos, no se ajustaría a los estándares que marcan el mínimo de calidad probatoria de una declaración de coimputado, pues no habría

elementos periféricos corroboradores suficientes para apuntalar esas declaraciones. Más aún, aquel recurrente defendía que los elementos corroboradores señalados por la sentencia de instancia, presentarían determinadas carencias que los degradaban: de un lado, alegaba que en las declaraciones de los agentes del Seprona se estableció que hubo presencia de frigoríficos, pero no se especificó ni el número ni el estado. De otro, no sería concluyente el reportaje fotográfico aportado, ni los registros de entradas y salidas de electrodomésticos, e incluso sostenía que una carta del coimputado (Oscar D.S.) acreditaría lo contrario. Se trata de una cuestión probatoria relacionada con la *presunción de inocencia* y así lo enfoca el TS que parte de desvincularse del análisis del recurrente, sobre el argumento de que la *exigencia de corroboración no equivale a la necesidad de una prueba autónoma que por sí sola sea concluyente*. En consecuencia, se considera que los elementos señalados por la sentencia, demuestran que las manifestaciones del coimputado no son un elemento, carente de apoyo probatorio. Y ello porque se tuvieron en cuenta restos de espuma en los residuos analizados así como declaraciones policiales y la manifestación del propio recurrente en sede de instrucción, reconociendo la adquisición de frigoríficos. A la vista de ello y de la explicación dada por el Ministerio Fiscal de estos elementos, el TS admite la presencia de material probatorio suficiente para respaldar las manifestaciones del coimputado (Oscar) y además para destruir la presunción de inocencia.

Es importante reparar en que, como indica el TS, *la posibilidad de beneficios penitenciarios ofrecidos a un coimputado, no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a sus declaraciones*. Solo cabría negársela cuando fuera posible inferir racionalmente una falta de credibilidad que el Tribunal de instancia no apreció. En apoyo de esta postura, el TS apela a la doctrina del TC según la cual, el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (ATC 1/1989, de 13 de enero; ATC 899/1985, de 13 de diciembre). En esta línea, el propio TS ha establecido que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, si bien es cierto que en estos casos se intensifica la obligación de graduar la credibilidad (*vid.* SSTS 279/2000, de 3 de marzo (*Tol* 4922936), y 197/2012, de 23 de enero (*Tol* 3525496); STEDH de 25 de mayo de 2004, caso *Corneils vs. Holanda*).

Tampoco acepta el TS la queja de los recurrentes del empleo hecho por la Sala de instancia de algunas declaraciones no jurisdiccionales, practicadas ante un órgano policial, pues entendían que no podían constituir material probatorio. Frente a ello el TS sostiene que la Sala de instancia no utilizó

aquellas declaraciones como exclusivo elemento incriminatorio, ni formó su convicción acudiendo a los interrogatorios en sede policial. El TS considera que la certeza de aquella Sala se forjó sobre otros elementos lo bastante justificados en la fundamentación fáctica y precisamente, gracias a dichos elementos, la Audiencia desconfió de las rotundas afirmaciones de algunos testigos en el plenario que se separaron patentemente de lo declarado en sede policial. Lo anterior no implica que los jueces *a quibus* hayan deducido y dado por probada la culpabilidad de los acusados a partir de las declaraciones policiales iniciales, sino que se utilizaron las manifestaciones en sede policial para no otorgar crédito a la versión exculpatoria ofrecida en juicio por algunos testigos. Por ello el TS entiende que la prueba de cargo se constituyó a partir de elementos no desvirtuados por los poco creíbles testimonios exculpatorios.

Uno de los aspectos a los que este recurso presta mayor atención sería la queja de que la condena se basó en *elementos indiciarios* que vulneraron la presunción de inocencia. El TS rechaza esta objeción recordando, por un lado, la consolidada doctrina del TC según la cual la *prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio*, sin menoscabo de aquel derecho fundamental, siempre que se cumplan con los requisitos delimitados a través de diversas sentencias, entre otros: que el/los hecho/s base (indicios) estén plenamente probados; que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de aquellos hechos base; el órgano judicial ha de exteriorizar los indicios y poner de manifiesto el razonamiento entre los hechos base y los hechos consecuencia para así poder realizar el control constitucional de la razonabilidad de esa inferencia; y, por último, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común [así, entre otras, SSTC 133/2014, de 22 de julio (*Tol 4471869*); 146/2014, de 22 de septiembre (*Tol 4529674*); 111/2008, de 22 de septiembre (*Tol 137237*); o 220/1998, de 16 de noviembre (*Tol 81071*)]. Teniendo en cuenta estos criterios, el TS entiende que en la sentencia de instancia no solo existió prueba indiciaria sino también prueba directa, corroborada por múltiples indicios sólidos de modo que la combinación de ambos conformaría una *base probatoria sólida* que no puede descalificarse desde la perspectiva de la presunción de inocencia.

Junto a las cuestiones procesales del recurso de Félix, y las dos empresas que éste dirigía, destaca otra objeción de esta índole que se plantea por el recurrente Luciano R.C. Éste accede a la casación apelando a la infracción de precepto constitucional (arts. 5.4 LOPJ y art. 852 LOPJ), en relación con el art. 24 CE. En concreto, objeta que la causa penal en la que estaba siendo enjuiciado era consecuencia de una *investigación prospectiva* prohibida

constitucionalmente y contraria al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de legalidad [vid. entre otras, las SSTC 184/2003, de 23 de octubre, (Tol 528614); y 261/2005, de 24 de octubre (Tol 736321)]. La queja despierta interés porque, por lo general, esta clase de investigaciones no suele advertirse en procesos penales por delitos contra el medio ambiente. Pero desde la perspectiva del recurrente, el procedimiento penal se habría iniciado a partir de una investigación general en virtud de denuncia anónima que dio lugar a unas diligencias genéricas de investigación del Fiscal. De modo que la queja se centra en que el proceso penal no se desencadenó a raíz de un hecho concreto imputado a personas definidas, sino ante sospechas vagas e indiscriminadas. Pese a que el TS acepta que la investigación fue iniciada por el Fiscal, gracias al dato de que se estaban produciendo emisiones prohibidas, eventualmente delictivas, de forma relativamente generalizada, ello no implica que estemos ante una *inquisitio generalis* [vid. entre otras, las SSTC 32/1994, de 31 de enero (Tol 82441); o 87/2001, de 2 de abril (Tol 81453)]. Ni la activación del procedimiento a través de un escrito no firmado, comporta la invalidez de las investigaciones puestas en marcha al comprobarse el fundamento del contenido del escrito anónimo. Según la doctrina del TS en estos casos no estaríamos ante una *investigación prospectiva* [STS 318/2013, de 11 de abril (Tol 3536586)]. En el supuesto de autos, se parte de distinguir la actividad extraprocesal o diligencias del Fiscal, respecto de un procedimiento judicial. También se distingue éste de las actividades inspectoras del Seprona. Pero el TS destaca que, si de las actuaciones inspectoras en el ámbito ambiental se derivan indicios de actividad delictiva entonces deberá abrirse una investigación estrictamente penal, sin que aquel origen la convierta en inviable. El TS relaciona, con precisión, las llamadas *investigaciones prospectivas* con la problemática de las intervenciones telefónicas referidas a personas concretas, respecto de las que no concurra fundamento suficiente para acordar tal injerencia. De modo que, en efecto, las referencias a aquellas investigaciones genéricas en la jurisprudencia del TC (v.gr. las ya citadas SSTC 184/2003, de 23 de octubre; 261/2005, de 24 de octubre) vienen conectadas con casos distintos al enjuiciado en esta sentencia, esto es, no se vinculan a la delincuencia ambiental. En especial, la STS 228/2013, de 22 de marzo (Tol 3671312) se detiene en delimitar qué implica la prohibición de una *inquisitio generalis* o pesquisa general. Ante todo se recuerda que para poner en marcha la investigación judicial por delito es suficiente la simple *notitia criminis* y por tanto, ello puede tenerse por un presupuesto del proceso penal, en tanto que éste condiciona su inicio a la existencia de un hecho o conjunto de hechos concretos de carácter delictivo. Además, solo cuando los hechos van siendo esclarecidos, en el curso de la investigación,

es exigible que la acusación quede perfilada fáctica y jurídicamente. Por lo general, sin *notitia criminis* no cabe iniciar un proceso penal, puesto que ello comportaría la existencia de un proceso sin objeto, de modo que cabría la posibilidad de que dicho proceso se instrumentalizara al servicio de una investigación generalizada. No obstante, incoar un proceso faltando *notitia criminis* no siempre conduce a una causa general, pues tras esa ausencia puede no esconderse el propósito de llevar a cabo una investigación de la que, tal vez, surjan hechos punibles. Pero sí puede afirmarse que toda causa general implica la falta de *notitia criminis*. Con respecto a las diligencias pre-procesales que puede realizar el Ministerio Fiscal y preceder una causa judicial —como sucede en el proceso que condena al recurrente por un delito contra el medio ambiente—, la citada STS 228/2013 pone de manifiesto que esta investigación preliminar del Fiscal no tiene por qué tener necesariamente carácter inquisitivo, pues no se puede limitar estas investigación —o la judicial— solo a los delitos inicialmente denunciados, siendo posible investigar otras actuaciones de las que puedan derivarse nuevos delitos, sin vulnerar derechos constitucionales. Este entendimiento es acogido por el TS para resolver la queja de Luciano, pues rechaza que el proceso pueda considerarse una *inquisitio generalis* dado que existían evidencias de que era altamente posible que se hubieran realizado emisiones al margen del marco legal. De modo que el Ministerio Fiscal no podía permanecer inactivo ante aquella información fundada y por ello definió las actividades industriales en las que se podía estar produciendo esta actuación.

Las indagaciones realizadas nada tienen que ver con una *causa general* o proceso penal incoado para dar cobertura a una investigación ilimitada, para indagar cualquier hecho delictivo. Y tampoco tienen que ver con la llamada “*fishing expedition*” o investigación relativa a una persona sin tener noticia de ningún hecho concreto. Al contrario, entiende el TS que el rastreo efectuado y documentado en el atestado inicial del Seprona era elemental y básico y no era comparable con lo que en el Derecho procesal penal alemán se denomina “*Rasterfahndung*” (regulada en el §98^a del *StPO*, es decir, una suerte de búsqueda entrecruzada de rasgos distintivos). No se acepta la comparación planteada por el recurrente, con esta categoría regulada en Derecho procesal penal alemán que, por lo general, se refiere al tratamiento masivo de datos, concernientes a un círculo muy amplio de personas y que puede ser lesivo del derecho a la auto-determinación informativa. Se considera un paralelismo exagerado, por cuanto con las diligencias realizadas por el Ministerio Fiscal no hubo afectación de ningún derecho fundamental, de modo que existiría una gran diferencia entre aquella diligencia regulada en Derecho procesal penal alemán —y no prevista en Derecho penal espa-

ñol— y la confección de un listado de industrias dedicadas a una específica actividad industrial, en cuyo desarrollo han surgido sospechas delictivas. Dicha relación o identificación fue seguida de indagaciones que se sitúan en un ámbito legítimo, no estrictamente penal. Y ello porque se trataría de inspecciones documentadas que se dirigirían a comprobar si esas empresas trataban residuos electrónicos o eléctricos para lo que las industrias condenadas, no estarían autorizadas. Por todo lo cual, el TS concluye rechazando que la causa sustanciada pueda calificarse de *inquisitio generalis*, pues considera que ello sería desmesurado o inexacto y que no cabe sostener este entendimiento solo por el carácter complejo del proceso y por haber venido éste precedido por una detallada labor de investigación de la policía especializada bajo la dirección de la Fiscalía.

2.2. Principales cuestiones relacionadas con el Derecho penal sustantivo

En segundo lugar, pueden identificarse una serie de **cuestiones** que trascienden del plano procesal para proyectarse, ante todo, en **Derecho penal sustantivo**. Al respecto, cabe destacar los siguientes temas, atendiendo al orden en que son resueltos por el TS en su fundamentación jurídica.

I.— La primera de estas cuestiones es la relativa a la prueba de la llamada “vertiente interna o subjetiva del delito” pues uno de los recurrentes (Félix M.P.) plantea que no ha habido prueba que acreditara el conocimiento y voluntad del riesgo originado con su actuación, cuestionando así el respeto al derecho a la presunción de inocencia. Frente a ello el TS entiende que la prueba de dichos elementos será por lo general, indirecta o indiciaria. Al respecto, determina que teniendo en cuenta dicho contexto conformado, entre otros aspectos, por la cualificación profesional del recurrente, se puede inferir que no podía ignorar que el tipo de electrodomésticos empleado no consentía su tratamiento en la empresa donde los transportaba precisamente por estar sometidos a un régimen especial al revestir mayor peligro desde el punto de vista ambiental. En este punto el TS asume la argumentación de la Audiencia provincial de Madrid, según la cual el recurrente no convenció de que aquel aspecto contaminante escapaba a su conocimiento. Para probar su conocimiento —según el TS— no es exigible una constancia puntual y exacta, científica, documentada, ilustrada y pormenorizada del peligro que para el medio ambiente y la capa de ozono supone la expulsión de esos gases. Según entiende, para aquella prueba es suficiente con el conocimiento genérico que ha de presumirse de quien se dedica profesionalmente a las tareas que desempeña el recurrente. Ante todo, destaca

que quien trata una clase de residuos ha de saber, de forma indubitada, que determinadas empresas están autorizados para ello y otras no. Al respecto, el TS sostiene que basta demostrar *dolo eventual*, apoyándose para ello en su propia doctrina jurisprudencial [*vid.*, entre otras, la STS 81/2008, de 13 de febrero (*Tol 1294023*) y 1538/2002, de 24 de septiembre (*Tol 4923070*)]. De ella extrae, básicamente, que el delito contra el medio ambiente será cometido, normalmente, por dolo eventual o de segundo grado, siendo improbable la apreciación del dolo directo, puesto que por lo general la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se comete con una finalidad inocua para el Derecho penal, como es el desarrollo de una actividad industrial. Asimismo, el TS ratifica su postura según la cual, la calificación imprudente de los hechos no puede admitirse cuando se está en presencia de un profesional, conocedor, entre otros aspectos, de la carga de material contaminante y de la necesidad de autorización administrativa [*vid.* STS 442/2000, 13 de marzo (*Tol 4922737*)].

Y aunque el recurrente trata de justificar la falta de conocimiento alegando que no ha quedado probado que los frigoríficos llegasen sin descontaminar, es decir, “compactados o cizallados y canibalizados” —pues, en caso de probar que estaban descontaminados, no podría hablarse de peligro para el medio ambiente—, el TS entiende que esta argumentación queda desvirtuada por las pruebas practicada. Entre ellas, se tiene en cuenta las declaraciones de un co-acusado (Oscar) auto-inculpándose y los análisis de las muestras obtenidas que, en suma, corroboran lo afirmado en la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid, que rechaza el alegato exculpatorio del recurrente (FD 1° f).

II.— Otro de los argumentos que reivindicó el condenado Félix M.P., por vía del art. 849. 1° LECrim, y que trató de hacer extensivo a las empresas que dirigía (Félix M.S.S.L. o Reciclajes Felma) se refiere a que debía haber sido condenado en condición de “cómplices” y no de co-autores (FD 2°). De un lado, el TS rechaza este alegato con respecto a las entidades co-recurrentes, entendiéndolo que han sido condenadas como responsables solidarias de la multa, lo que —conforme a la regulación anterior a la reforma del CP por LO 5/2010 (art. 31.2°)— hacia que su responsabilidad fuera vicaria de la del administrador. De otro lado, el recurrente trató de justificar la calificación de *complicidad* en relación a su persona, exponiendo que la actividad de transporte de los aparatos contaminantes (frigoríficos) que realizó, era accesorio de la de emisión de gases. De ahí que no fuera una actividad idónea para ser calificada de coautoría. El TS rechaza de plano, sin embargo, este argumento, toda vez que destaca que la actividad del recurrente se calificó de *cooperación necesaria*. Esta calificación comporta, a efectos materiales o

desde la perspectiva doctrinal, que el interviniente se encuentra en un nivel inferior al del autor directo. Ahora bien a efectos formales y penológicos, al cooperador necesario se le considera “autor” conforme al art. 28 CP. Es decir, teóricamente se le puede imponer la misma pena que la del autor. No obstante, el TS destaca que al recurrente se le ha aplicado la “degradación penológica” que faculta el art. 65.3 CP y, en consecuencia, entiende que el motivo del recurrente perdería parte importante de su fuerza. El art. 65.3 CP permite rebajar la pena, en relación con las figuras de *cooperador necesario* e *inductor*, para los casos en que “...en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor..”. Así, para estos supuestos, “...los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.”

No obstante, puede cuestionarse la aplicación del art. 65.3 CP realizada por el tribunal de instancia en el supuesto enjuiciado, puesto que la facultad de mitigar la pena allí prevista se aplica en casos de *delitos especiales*, categoría en que, según doctrina penal mayoritario, no encaja el delito del art. 325 CP. A pesar de ello el TS confirma la atenuación a que faculta el art. 65.3 CP, de modo el debate se centra en la discusión tanto doctrinal como judicial, acerca de que dicha medida se pueda aplicar al *cómplice*. Es evidente que éste ya se puede beneficiar de una rebaja de la pena, conforme al art. 63 CP. No obstante lo anterior, en alguna sentencia se ha admitido la doble atenuación de la pena, por aplicación conjunta del art. 63 CP y del art. 65.3 CP, sosteniendo para ello que este precepto es una norma favorable que contempla una rebaja facultativa que no se ha excluido en casos de complicidad [vid. STS 841/2013, de 18 de noviembre (ToI 4040332)]. Aún sin rechazar esta última posibilidad, finalmente el TS se acoge a un argumento material para desestimar este motivo del recurso. Así pues, concluye que la actuación consistente en transportar de forma concertada y profesional aquel material, tal y como hizo el recurrente de modo dilatado en el tiempo y persistentemente, no puede ser considerada mera complicidad sino cooperación necesaria. Por todo lo cual, mantiene la condena al recurrente, bajo este último título de imputación.

En relación con este motivo, ha de traerse a colación la queja planteada por otro recurrente, Luciano (FD 11°) pues a través del art. 849 LECrim considera indebidamente aplicado el art. 28. II b) CP. La sentencia de instancia lo calificó así porque ostentaba el puesto de “encargado general” de las empresas Trifer y Recuperaciones N., pero no era la persona a la que le competía la obligación legal de obtener la titularidad de las autorizaciones administrativas correspondientes. Así pues, su aportación como encargado

de aquella empresa se recondujo al ámbito de la cooperación necesaria, al ejercer una función directiva esencial en la gestión material de residuos una vez éstos llegaban a planta. El TS confirma esta calificación al entender que pese a que se podían haber expuesto con más detalle las funciones del recurrente, la justificación dada es suficientemente descriptiva, para justificar su participación activa en los hechos. No se le condena como cooperador necesario solo por ostentar formalmente el cargo de “encargado general” sino por intervenir como tal materialmente en las emisiones. De modo que el TS considera evidente que si Luciano gestionaba, en la práctica, la industria en condición de encargado, debía ser considerado *partícipe* en las emisiones. Y aún cuando apunta la posibilidad de considerarlo coautor, finalmente no modifica la calificación; pero afirma sin ambages, la capacidad decisoria del recurrente en relación con las citadas empresas. En consecuencia, y siguiendo el criterio del Fiscal en este punto, se desestima el motivo del recurrente.

III.— Siguiendo con los motivos que afectan, ante todo, a aspectos de Derecho penal sustantivo, llegamos al análisis de uno de los principales alegatos que resuelve esta sentencia. Se trata del argumento en que se cuestiona **la prueba del elemento típico del peligro**, requerido por el art. 325 CP, por parte del recurrente Luciano R.C. (FD 3°). Esta queja forma parte de un motivo más amplio que denuncia *inobservancia de la presunción de inocencia* por vía del art. 852 LECrim. Así se cuestiona tanto la prueba de que la liberación de gases se llevara a cabo en la fase que controlaba el recurrente, como la prueba de la cantidad total liberada y su potencialidad dañina para la salud de las personas, como la del conocimiento por parte del recurrente de las emisiones y el riesgo anudado a ellas.

Para enfocar esta alegación, es preciso aclarar, en primer término, que el TS se posiciona a favor de entender que el requisito que alude en el art. 325 CP al peligro típico —esto es, la referencia al “grave perjuicio” que en aquel precepto se contiene—, comportaría la exigencia de un *peligro hipotético*. Esta posición ha sido mantenida por un sector de la doctrina penal, pudiendo decirse que es la postura que parece tener mayor predicamento entre las resoluciones judiciales, en tiempos recientes. Lo anterior no obsta a que se hayan mantenido y se sigan manteniendo —en algunas sentencias del propio TS y por un sector doctrinal— posturas distintas. Cabe recordar que, inicialmente, con la previsión en 1983, del delito ecológico en el art. 347 bis) ACP, por primera vez en nuestro ordenamiento, se entendió mayoritariamente entre la doctrina penal y las resoluciones judiciales, que el peligro típico exigido en el art. 325 CP habría de calificarse de *concreto* [vid. SSTS de 1 de febrero de 1992 (*Tol 400481*); de 27 de enero de 1999 (*Tol 272766*) y de 5 de junio de 2009 (*Tol 1554234*)]. No obstante, la STS de 25 de octubre de

2002 (*Tol 229864*) supuso un punto de inflexión a este respecto, al considerar que el art. 325 CP, introducido por el CP de 1995, contemplaba una infracción de *peligro abstracto* [*vid.* también STS de 24 de febrero de 2003 (*Tol 265659*) y 22 de julio de 2004 (*Tol 513600*)]. No puede pasarse por alto que las consecuencias a efectos procesales y penales derivadas de mantener una de aquellas dos posturas, pueden ser muy distintas pues, en esencia, el requisito de un mero *peligro abstracto* comporta una considerable relajación de la prueba de esta exigencia típica bastando, por lo general, para verificarlo, con la demostración de un riesgo estadísticamente relevante para el medio ambiente. Por su parte, sí se interpreta como un *peligro concreto*, la evidencia de este elemento se revela ciertamente más compleja, elevándose los *estándares* probatorios y haciendo más difícil la aplicación del delito ecológico, hasta el punto de tener que demostrar que, en el caso concreto, se puso en riesgo el medio ambiente, lo que admitiría prueba en contrario, en sede judicial. Entre ambas posturas, el TS adopta en la sentencia aquí comentada, la postura, por así decirlo, intermedia, al exigir un *peligro hipotético* (o también denominado concreto-abstracto, propio de los llamados “delitos de aptitud”, en traducción de la categoría acuñada en la doctrina penal alemana como “*Eignungsdelikte*”). Ésta es —como se ha indicado— la tendencia jurisprudencial más reciente (*vid.* STS de 16 de junio de 2014, n.º 566), si bien, en algunas resoluciones, se combinan requisitos del concepto de peligro concreto y del abstracto [*vid.* STS 11 de noviembre de 2013 (*Tol 4023449*)]. Incluso en alguna resolución se ha reconocido que aunque, formalmente, el delito del art. 325 CP se entienda como delito de peligro concreto, en realidad los criterios empleados para determinar la concurrencia del peligro son más propios del peligro hipotético o potencial [*vid.* STS de 1 de abril de 2003 (*Tol 276405*)]. Con ello se reconoce, tácitamente, que las exigencias probatorias para demostrar el peligro concreto y el llamado “hipotético” son distintas, siendo por lo general, más estrictas las de la primera clase de peligro. Y ello porque, como se ha criticado desde un sector de la doctrina penal, el llamado peligro hipotético pudiera ser una forma de peligro abstracto en cuanto comporta, en suma, demostrar la potencialidad o aptitud de la conducta para causar un daño al medio ambiente, si bien teóricamente cabe prueba en contrario de aquella potencialidad, en el caso concreto. Pero es que incluso puede decirse que, en el recurso de casación objeto de este análisis, el TS va más allá para delimitar aquella clase de peligro, pues parece asumir la postura, propuesta en los últimos años entre la doctrina penal alemana, según la cual cabe interpretar el peligro típico del delito contra el medio ambiente, conforme a la concepción de los llamados “delitos cumulativos” (*Kumulationsdelikte*). Resumidamente ésta implica que

tanto este delito como otros que ofenden intereses colectivos (v.gr. delitos urbanísticos) merecerían la sanción penal no tanto por su injusto, considerado individualmente —pues no verificaría el peligro típico, sino uno más leve—, cuanto porque si éste se valora acumuladamente —o en unión a otros ilícitos similares o idénticos—, sí verificaría el riesgo jurídico-penalmente relevante exigido por el art. 325 CP. Precisamente éste parece ser el entendimiento que adopta el TS, en esta sentencia, cuando interpreta el requisito de que se pueda *perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales* del art. 325 CP.

Por su parte, el recurrente alega que aún cuando se entienda que el art. 325 CP contempla un *delito de peligro hipotético* no han de relajarse las exigencias probatorias. El TS acepta esta premisa y también admite que “ha de quedar acreditada la idoneidad de las emisiones para afectar a la salud de las personas, aunque no un efectivo y concreto daño.” No parece aclarar, en este punto, si se está refiriendo a la aplicación del delito básico contra el medio ambiente (del anterior art. 325.1 CP, primera parte) o, como parece, al subtipo agravado previsto en el anterior art. 325.1 CP *in fine*. Con ello y con todo, rechaza los argumentos del recurrente y da por probado el requisito típico del peligro —según su postura— *hipotético*, que ha de concurrir conforme al art. 325 CP, sobre la base de los siguientes razonamientos: en primer lugar, en casos de liberación de partículas de gases con efecto invernadero, una sola de estas conductas (dicha liberación por parte de un solo frigorífico) no sería jurídico-penalmente relevante para verificar la tipicidad del art. 325 CP. Ahora bien, conforme a la interpretación que el TS hace de los delitos cumulativos “...en los daños cumulativos que afectan al medio ambiente, el hecho de que determinadas contribuciones por su nimiedad no colmen las exigencias típicas no excluye que otras similares persistentes y de mayor volumen sí puedan cubrirlas”. Parece que, en propiedad, el TS se referiría a los “ilícitos cumulativos” —y no así a los “daños” de esta clase, que no se requerían en el anterior art. 325.1 CP—, máxime a la vista del ejemplo que plantea, según el cual “verter en una ocasión aguas domésticas con detergentes nocivos en un cauce fluvial no conforma un delito contra el medio ambiente. Pero unos vertidos industriales masivos o persistentes en el tiempo de esas mismas aguas contaminantes si serán incardinables en el art. 325 CP”. Este ejemplo, lo extrapola al caso de la liberación o emisión de gases con efecto invernadero, pudiendo deducirse por tanto, que la consideración de los mismos como riesgo jurídico-penalmente relevante para el equilibrio de los sistemas naturales —conforme la célebre fórmula prevista en el art. 325.1 CP— pasa, a juicio del TS, por entender que las ofensas o peligros que aquellas emisiones comportan, han de considerarse

acumuladamente para advertir el riesgo típico, exigido en el art. 325 CP. Ello suscita no pocas cuestiones desde la perspectiva del principio de culpabilidad y proporcionalidad penales, puesto que si solo se puede responder penalmente del ilícito típico personalmente reprochable, no parece que la imputación de actuaciones contaminantes que solo acumuladamente —es decir, junto a otras o a la de otro/s— tenga relevancia penal, se compadezca bien con aquellas máximas. Es esperable que el TS tenga en consideración estas cuestiones en futuros pronunciamientos aún cuando, en el que ahora se comenta, no repare en ellas.

Por lo demás, tampoco admite ningún otro alegato del recurrente en referencia a que dichas emisiones o liberación de gases con efecto invernadero puedan quedar justificadas a efectos del ordenamiento jurídico, por el hecho de que, en ocasiones, estén autorizadas o avaladas legalmente. En efecto, a pesar de tratarse de una actividad socialmente tolerada, ello no implica que en todo caso esté permitida ni penal ni siquiera administrativamente. Así el TS recuerda que “la tolerancia hasta diciembre de 2019 no significa que hasta esa fecha está descartada la posibilidad de considerar delictivas estas emisiones”. Y añade una fundamentación novedosa en aras a la defensa de la capa de ozono al señalar que “el agujero de ozono y sus efectos de calentamiento global ciertamente solo se explican partiendo de una pluralidad indeterminada de emisiones. Muchas se mueven en espacios de riesgo permitido. Pero donde la norma protectora del medio ambiente levanta barreras cesa la permisión y se abren las puertas a la intervención sancionadora, también penal eventualmente.” En suma, y para aclarar cualquier duda acerca de que se acoge en la doctrina jurisprudencial del TS la concepción del efecto cumulativo para interpretar el peligro penalmente relevante exigido en el art. 325 CP, se sostiene que “en esa contaminación por acumulación la tolerancia reglada de algunas actividades no legitima las prohibidas”. A raíz de este pronunciamiento parece que el TS entienda que la concepción de la tolerancia social no justifica casos de contaminación por acumulación que estén prohibidos. Más tampoco aquel criterio legitima en todo caso, otras modalidades de conducta contaminantes que estén prohibidas conforme al art. 325 CP.

En todo caso, la prueba del riesgo típico, conforme a su concepción como peligro hipotético, queda demostrada según el TS, en el supuesto de autos, a la luz de los extensos y solventes informes periciales realizados. El recurrente también se queja de dichos informes toda vez que cuestiona el valor de los atestados. Con respecto a estos últimos, el TS entendió que fueron valoradas las pruebas testificales de los agentes que levantaron tales atestados en lo que respecta a los hechos de conocimiento propio, conforme

a la posibilidad prevista en el art. 297 LECrim. En relación con las *pruebas periciales*, se les reconoce la naturaleza de informes relativos a valores estadísticos. Pero ello no desvirtúa, según el TS, su valor pericial ni su calidad informativa. Más aún el alto tribunal destaca que dichos informes facultan a operar con porcentajes de probabilidad a nivel de conocimiento no solo científico, sino también social y judicial. De modo que acepta que el uso de patrones estadísticos sea compatible con la metodología científica y con la labor jurisdiccional, pues entiende que a través de ellos se pueden alcanzar certezas más allá de toda duda razonable. Por todo ello rechaza la alegación del recurrente acerca de que *esta técnica se compeadezca mal con la presunción de inocencia* y menos aún cuando lo que se trata es de demostrar un peligro hipotético. Esta compatibilidad es justificada por el TS, en que el riesgo es la probabilidad de que acaezca una consecuencia dañina, como se acredita a través de diversas sentencias en las que se concibe el peligro como una posibilidad de daño y ausencia de un eventual resultado material. Además viene siendo común, en relación con delitos contra el medio ambiente, acreditar aquel riesgo a través de pruebas periciales que, confeccionadas por expertos, sirven de instrumento para asesorar al juez y garantizar la necesaria contradicción [vid. SSTs 916/2008, 30 diciembre (Tol 1448802) y de 19 de abril de 2003, n° 549]. Frente a la opinión del recurrente según la cual, el peligro se basa en una regla estadística que, por tanto, puede tener excepciones, el TS defiende que ello no comporta una presunción de culpa. En consecuencia con lo anterior, concluye que las estimaciones de la sentencia de instancia en relación con la liberación de gases, el volumen estimativo del liberado, el peligro anudado a ello y el número de frigoríficos, fueron correctos. Por todo ello entiende, en definitiva, que el motivo del recurrente decae en ésta y en las restantes quejas.

IV.- Por otra parte, el mismo recurso de Luciano R.C. (FD 5°) da pie al enjuiciamiento de otro aspecto estrechamente vinculado a la aplicación del Derecho penal sustantivo, cual es, la demostración de que concurre el elemento normativo del tipo penal del art. 325 CP, esto es, *la contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*. Este es el tercer motivo de casación, del citado recurso, fundamentado en el art. 849.1 LECrim. El recurrente plantea, a su vez, vulneración del art. 25 CE y del art. 852 LECrim, queja que el TS rechaza contundentemente, recordando que no toda infracción de la ley del art. 849.1 LECrim comporta a la vez, vulneración del art. 25.1 CE, sino solo las condenas al margen de cualquier interpretación razonable. Con respecto a la cuestión de fondo de este motivo hay que partir de que, en puridad, el recurrente cuestiona la concurrencia de uno de los más controvertidos elementos del

delito contra el medio ambiente, esto es, la *remisión en blanco prevista en el art. 325 CP*, que plantea una conocida problemática constitucional [vid. STS de 24 de mayo de 2003 (*Tol 286128*); STC 101/2012, de 8 de mayo]. Es cierto que, por su amplitud, esta remisión puede incluso llegar a integrarse, según destaca la doctrina especializada y se admite en sede judicial, por normas de rango tan inferior a la ley como disposiciones reglamentarias (vid. STC 120/1998, de 15 de junio), emanadas no solo en el ámbito estatal, sino autonómico o local [v.gr. ordenanzas municipales; vid. STS 11 de febrero de 2013 (*Tol 3054670*)]. Es importante tenerlo en cuenta puesto que el recurrente se queja de que la norma en que se apoyó la Audiencia para condenar sería inapropiada para ello. Se trata de la *Ley de residuos 10/1998, de 21 de abril*, que en opinión del recurrente no vendría referida a las emisiones a la atmósfera. En consecuencia entiende que el reglamento de desarrollo de aquella ley, que fue aplicado para la condena, esto es, el *Reglamento de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos*, tampoco podría afectar a las emisiones a la atmósfera. Además el recurrente apela a la normativa supranacional y en concreto comunitaria, para interpretar aquella remisión en blanco y establecer límites y condiciones a su verificación. Al respecto, el TS empieza dando la razón al recurrente en cuanto a la importancia de esta normativa comunitaria, pues la propia Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, recuerda en su Preámbulo que sustituye a la anteriormente vigente Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, habida cuenta de la necesidad de adaptar nuestra legislación en materia de residuos a las modificaciones del Derecho comunitario, desde la promulgación de la *Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008*, sobre los residuos (por la que se derogan determinadas Directivas integrándolas en una única norma). Conforme se desprende de la disposición adicional décima de la citada Ley 22/2011, de 28 de junio, (sobre compensación de emisión de gases de efecto invernadero en el sector de residuos), es necesario adoptar por Ley, un sistemas de compensación e intercambio de cuotas de emisión de gases de efecto invernadero asociadas al sector residuos, de modo que el techo global de emisiones asociado a estas cuotas deberá ser coherente con los compromisos de reducción de emisiones asumidos por nuestro país. En atención a ello, el TS interpreta que el legislador ha de establecer unas fórmulas de reducción de esas emisiones, de modo que ello “privaría de coherencia” a una condena basada en esa actividad que, actualmente, estaría tolerada aunque sometida a un régimen de progresiva disminución.

No obstante y frente a la sólida argumentación del recurrente referida al valor de la herramientas de Derecho comunitario para integrar leyes penales en blanco como el art. 325 CP, el TS considera irrelevante este discurso

puesto que entiende claramente identificada la norma interna de tutela del medio ambiente que ha sido vulnerada: se trata del *Real Decreto 208/2005, de 25 de febrero, sobre aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos*. No obstante, este último reglamento estuvo en vigor hasta el 22 de febrero de 2015, fecha en que quedó derogado por el *Real Decreto 110/2015, de 20 de febrero, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos*. Como se explica en su Introducción, este último Real Decreto, "... incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2012/19/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio; incluye las novedades de la Ley 22/2011, de 28 de julio; y deroga el anterior real decreto en materia de RAEE para superar los problemas detectados en su aplicación e incluir la experiencia adquirida en este sector de tan rápida evolución, desde la publicación de esta norma en el año 2005."

A la vista de esta sucesión de normas en el tiempo, parece que, que el TS aborda de soslayo un problema al que ciertamente habría que prestar atención tal y como se demanda entre la doctrina penal especializada. Se trataría de un posible cambio en la normativa administrativa de complemento que hubiera favorecido al condenado pues, de todo lo anterior puede interpretarse que la actual Ley 22/2011, de 28 de junio, "privaría de coherencia" una condena —según el propio TS— de hechos similares que se hubieran producido bajo la entrada en vigor de esta normativa. En el momento de dictarse la sentencia ahora comentada (octubre de 2015) ya habría entrado en vigor el Real Decreto 110/2015, de 20 de enero, de modo que, siquiera sea en vía de hipótesis, habría sido oportuno ponderar la posibilidad de integrar la remisión en blanco del art. 325.1 CP por una normativa administrativa más favorable. En cierto modo el recurrente apuntó a dicha posibilidad a través de las continuas referencias realizadas en aras a la aplicación de la Ley 22/2011. No obstante, el TS no se adentra de lleno en la cuestión de un cambio normativo más favorable en la norma de complemento. Por su parte, ratifica el criterio del tribunal de instancia acerca de la aplicación del Real Decreto 208/2005, apelando en concreto a que su art. 5 (rubricado "tratamiento de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos") establecía claramente la obligación según la cual "Los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos que contengan materiales o elementos peligrosos serán descontaminados. La descontaminación incluirá, como mínimo, la retirada selectiva de los fluidos, componentes, materiales, sustancias y mezclas, de conformidad con lo establecido en el anexo III."

Es cierto, como señala el TS, que entre los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) se incluyen los frigoríficos y otros aparatos enfriadores, de modo que —confirmando el criterio del tribunal de instancia—, estos

aparatos utilizan tanto en sus circuitos como en las espumas que los aíslan, gases compuestos por derivados del cloro, que son las principales sustancias agotadoras del ozono (*vid.* Reglamento CE 2037/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, entre otras normas). A lo anterior se une la existencia en dichos aparatos refrigerantes de otros gases fluorados que intensifican el “efecto invernadero” tal y como se describe, entre otros, en el Reglamento 842/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006).

Así pues, sobre la base del incumplimiento de la obligación de descontaminación, establecida en el art. 5 del Real Decreto 208/2005, el TS entiende cumplimentado el elemento normativo del art. 325 CP, referido a la vulneración de las normas generales protectoras del medio ambiente. Tampoco admite los argumentos del recurrente referidos a que, a la luz de la Exposición de Motivos de aquel Real Decreto, no se impide la conducta contraria a la descontaminación, es decir, la liberación de los gases de aquellos aparatos. Resulta evidente en este punto, según el TS, que si la norma administrativa de complemento obliga a la descontaminación, la liberación de gases incide siquiera indirectamente, en las emisiones atmosféricas. Esta conducta no quedaría justificada, esto es, no sería conforme a derecho, por el dato de que las políticas globales de esas emisiones exijan una “reducción progresiva” pues a juicio del TS “...reducir exige prohibir tajantemente algunas emisiones y tolerar simultáneamente otras que podrían paulatinamente ir disminuyéndose. Las prohibiciones no pierden de manera absoluta su fuerza por eso. Hay conductas semejantes —también dañinas— pero toleradas por el ordenamiento por exigencias sociales. Esas no son delictivas, pero no porque no causen daño al medio ambiente (lesividad) sino porque cuentan con respaldo administrativo y legal en virtud de decisiones políticas y normativas que valoran pros y contras. Cuando no se cuenta con esa autorización, el tipo penal despliega toda su eficacia”.

A la vista de este pronunciamiento del TS, no puede pasarse por alto que su posicionamiento es, sin ambages, favorable a la defensa del medio ambiente frente a agresiones procedentes de emisiones que sean nocivas para la capa de ozono. *Esta sentencia contiene, por tanto, una de las más claras motivaciones a favor de la defensa de la capa de ozono como recurso ambiental cuya tutela puede desplegarse también a través de la vía penal, ante casos de ofensas que, acumuladamente, puedan comportar un peligro grave al equilibrio de los sistemas naturales y a la salud de las personas.* En este sentido, el TS también atiende, como no puede ser de otra manera, a los límites formales que la normativa administrativa establece, esto es, a las obligaciones, permisos o autorizaciones cuya inobservancia, comportaría que esta clase

de contaminación fuera ilegal, a los ojos de nuestro ordenamiento. Con esta declaración, el TS ratifica en todo caso, la prohibición de contradicciones en nuestro ordenamiento jurídico entre la normativa ambiental administrativa y la penal, en materia de emisiones atmosféricas con incidencia en la capa de ozono.

V.- Relacionado con el rechazo del anterior motivo ha de traerse a colación la desestimación del siguiente, planteado por el mismo recurrente que alegaba aplicación indebida del art. 325 CP, por vía del motivo casacional del art. 849.1 LECrim, apelando a que no hubo *perjuicio grave para la salud de las personas*. El TS confirmó el criterio de la Audiencia, según el cual la conducta enjuiciada si comportó aquel perjuicio grave a la salud de las personas. El recurrente pretendía hacer valer que, en tanto no se había producido un deterioro irreversible no se daba cumplimiento a este requisito. Sin embargo es cierto que no se requiere demostrar dicho carácter irreversible para comprobar la puesta en peligro de la salud de las personas conforme exigía el art. 325.1 CP *in fine*. En efecto, el carácter irreversible solo se debía demostrar para aplicar la circunstancia apartado e) del anterior art. 326 CP. Pero no era preciso acreditarlo para aplicar el art. 325.1 CP. Ahora bien ha de precisarse que la referencia a la puesta en peligro grave de la salud de las personas suscita la controversia acerca de si, en este caso, se aplicó el llamado *subtipo agravado* del art. 325.1 CP *in fine*, que incluso, una parte doctrina penal, considera un delito independiente respecto del delito básico del primer párrafo del art. 325.1 CP. Y ello porque, en caso de verificarse aquel grave peligro para la salud de las personas, habría que apreciar el castigo consistente en la mitad superior de la pena de prisión prevista para el delito del anterior párrafo del art. 325.1 CP. Es decir, una pena de prisión de entre tres años y medio a cinco años, para los casos en que "...el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas..."

No obstante, a la vista de la fundamentación de esta sentencia, parece que cuando el TS alude al tipo básico incluye en él tanto al delito de la primera parte del art. 325.1 CP como la conducta de poner en peligro grave a la salud de las personas del art. 325.1 CP *in fine*. Se echa en falta, por tanto, una mejor delimitación de los dos tipos previstos en el art. 325 CP, tanto en la sentencia de instancia como en la que resuelve los distintos recursos de casación, para ofrecer mayor seguridad jurídica en la aplicación de la pena más gravosa prevista en el apartado final del entonces art. 325.1 CP. Lejos de incidir en este aspecto el TS parece confirmar, para el caso enjuiciado, la aplicación de la pena agravada que corresponde cuando se prueba un grave peligro a la salud de las personas. Es evidente, como se indica en la sentencia, que para apreciar este tipo agravado, no es preciso demostrar el

carácter irreversible del peligro causado a la capa de ozono, de modo que aunque, hipotéticamente, ésta se recuperara no se excluiría la aplicación del art. 325.1 CP. Lo que si cabría excluir en ese caso, es la circunstancia agravante del apartado e) art. 326 CP que, en efecto, no puede tenerse en consideración en relación con la causa enjuiciada.

Además de este aspecto, se confirma que el carácter “grave” del peligro causado fue correctamente apreciado por el tribunal de instancia, sobre la base de un entendimiento de dicha gravedad, vinculada a la “persistencia” de la actividad y a la concepción del riesgo típico exigido en el art. 325 CP, como un peligro hipotético, según se asume a partir del informe pericial recaído en la causa sobre la naturaleza del delito medioambiental. En todo caso, este concepto de “gravedad” del peligro no es novedoso pues responde a un entendimiento del mismo, conforme a anteriores resoluciones del TS que apuntan a una ponderación de las circunstancias del tiempo y lugar concurrentes para determinar si fue real, concreto y relevante, sin llegar a la gravedad máxima que exige el citado art. 326 e) CP [*vid.* STS 96/2002, de 30 de enero (*Tol* 4923864)]. Sobre la base de este entendimiento del peligro grave, exigido en el art. 325 CP, el TS confirma en este punto la condena de la Audiencia y desestima el motivo planteado.

VI.— Frente al rechazo de la mayoría de motivos expuestos, finalmente se acepta uno de los argumentos planteados por recurrente por vía del art. 849.1 LECrim (FD 7°). En concreto el referido a la aplicación de la circunstancia agravante llamada de “clandestinidad” y prevista en el art. 326 a) CP. En otras palabras, la agravante referida a “que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.”

La aplicación de esta circunstancia específica ha suscitado, desde su previsión en el Código penal de 1995, un conocido debate doctrinal y judicial acerca, principalmente, de la interpretación material o formal que debía darse a la misma. El TS se hace eco de dicha controversia adoptando un enfoque mixto, puesto que hace prevalecer la concepción formal del término “clandestinidad” —en la línea de lo mantenido por la doctrina penal mayoritaria— que implica comprobar si no existió una autorización de funcionamiento o aprobación administrativa de sus instalaciones para reputar “clandestina” la industria o actividad. Sin embargo se apunta, asimismo, un correctivo a aquella interpretación excesivamente formalista, puesto que se sostiene que no puede exagerarse al exigir autorizaciones porque ello podría desvirtuar el fundamento de esta agravación. Según el TS dicho fundamento radicaría en la dificultad de control de actividades cuya existencia no consta a la Administración. Es importante destacar este fundamento de

la circunstancia agravante a juicio del TS pues puede servir de criterio interpretativo para rechazar una aplicación rígida del art. 326 a) CP. En consecuencia entiende que “ni la constatación del amparo de la actividad por una simple autorización del tipo que sea evita por sí sola la clandestinidad; ni —en el reverso— la vulneración de los términos de la autorización administrativa conduce al subtipo agravado”. Es este segundo aspecto el más interesante, porque evidentemente para excluir la clandestinidad no basta acreditar cualquier licencia sino específicamente la de funcionamiento o, según los casos, una aprobación definitiva de sus instalaciones.

No obstante, conforme al segundo criterio apuntado por el TS, esto es, la mera vulneración de los términos de la autorización administrativa, no implicaría apreciar una “clandestinidad”. Es un criterio discutible porque, por lo general, en el ámbito administrativo, la actividad que excede de los límites de una autorización hace que ésta se tenga por inexistente. Se trataría del caso denominado de “exceso cualitativo” del contenido de una licencia. No obstante el TS apela a aquel criterio material para consolidar una interpretación de la circunstancia del art. 326 a) CP. que, en efecto, no puede calificarse de estrictamente formalista. De hecho, tras enunciar la extensa doctrina jurisprudencial emanada del TS para respaldar su postura [vid. desde la STS 2187/2001, de 21 de diciembre (*Tol* 4976210), hasta la 1112/2009, de 16 de noviembre (*Tol* 1747854)], en el caso enjuiciado, se adopta aquel criterio, hasta el punto que se entiende que los recurrentes rebasaron los límites y el ámbito de las autorizaciones que amparaban su actividad al tratar algunos residuos —los peligrosos— para los que no estaban habilitados. Sin embargo, se rechaza que por esta razón pueda hablarse de “clandestinidad”. Enlazando con el argumento material expuesto, el TS entiende que el dato de que, desde las primeras indagaciones, las empresas condenadas pudieran ser identificadas con facilidad como dedicadas al tratamiento de residuos de esa naturaleza es muestra de que no cabe hablar de “clandestinidad” en el sentido propuesto. A estos efectos, para el TS, “clandestinidad” ha de entenderse como “...situarse en condiciones de sustraerse al control administrativo. La ausencia de una aprobación administrativa se traduce en opacidad o blindaje frente al adecuado control sobre la empresa.” Sobre la base de esta interpretación, entiende el TS que en el supuesto enjuiciado no estaríamos ante “actividades clandestinas”, fundamentalmente porque las empresas contaban con autorizaciones administrativas para una actividad industrial con la que era naturalmente compatible el tratamiento (ilegal) de los residuos electrónicos, en cuyo manejo se produjeron las actividades contaminantes. En atención a este razonamiento, el TS estima el motivo y con

base en el art. 903 LECrim, admite los efectos extensivos en cuanto a los condenados que no recurrieron o no reclamaron sobre este punto.

VII.– Con respecto al resto de motivos alegados por el mismo recurrente con incidencia en el ámbito material (FFDD 8º y 9º) y que pretendían hacer valer, respectivamente, dos circunstancias atenuantes, fueron desestimados por el TS. Así, de un lado, se rechazó la queja que pretendía que se apreciara la atenuante de *dilaciones indebidas* (art. 21.6 CP) ante todo, con el argumento de que el juicio abarcó diversas sesiones que finalizaron el 29 de mayo de 2014 y la sentencia está fechada el 16 de junio de 2014. Al respecto además, el TS recuerda que la fecha en que se atribuye la condición de imputado es la que determina el inicio del cómputo del plazo para evaluar unas dilaciones indebidas. Pero esa fecha no coincide con la del inicio de las diligencias del Ministerio Fiscal, sino con la del día en que el recurrente fue llamado a declarar como imputado, fecha muy posterior. De modo que una duración que no llega a los tres años no se considera retraso extraordinario en el sentido exigido por el art. 21.6 CP, según se desprende de los estándares de la jurisprudencia en la materia y ponderando los hechos objeto de investigación y la pluralidad de acusados, toda vez que no se señalan paralizaciones en la tramitación.

De otro lado, el recurrente trató de justificar la atenuante de *reparación voluntaria del daño causado del art. 340 CP*. Para ello apeló al comportamiento reparador llevado a cabo por un coimputado (Óscar) que sí se benefició de dicha atenuante, pero no justificó su pretensión en reparación alguna realizado por él mismo. De ahí que el TS sea contundente al rechazar este motivo alegando que ni la atenuante específica prevista en el art. 340 CP ni la genérica (art. 21.5 CP), serían comunicables a otras personas. Es decir, la eficacia atenuante de la reparación hecha por un coacusado de forma individual y autónoma no alcanzaría a los restantes partícipes ajenos a esa reparación. La razón de que sea incommunicable radica en que se trata de una causa personal de atenuación solo aplicable a quien realiza o contribuye a su atenuación.

VIII.– Por último, con respecto a otro de los recursos, el TS admite un nuevo motivo para modificar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid. Así en el recurso presentado por las empresas *Triturados F.S.L. y Recuperaciones N.S.L.* se plantea una queja referida a la fijación de la *indemnización*. Ante todo, los recurrentes defienden que el delito contra el medio ambiente no llevaría *aparejada responsabilidad civil*, esencialmente, porque se trata de un delito de peligro. Es esta una cuestión comúnmente planteada en la doctrina penal, pese a que se suele admitir que en algunos casos de condenas por el art. 325 CP en los que se aprecian daños cuantifi-

cables a concretos recursos naturales, quepa imponer responsabilidad civil derivada del delito allí previsto. En esta línea, el TS rechaza, en principio, el anterior argumento de los recurrentes, pese a reconocer —conforme ya se ha expuesto— que se trataría de un delito de riesgo. A su modo de ver, en el caso enjuiciado se apreció un daño potencial cuantificado de forma razonable y con una motivación expresa que no resultaba arbitraria, toda vez que las pautas a seguir para fijar la cuantía a abonar, estaba justificada en los informes periciales.

Pese a lo anterior, el TS le otorga la razón a los recurrentes porque, a pesar de que se reputa probado un daño ambiental, el mismo no sería un daño concreto indemnizable a perjudicados específicos. Más bien entiende que se trataría de una lesión potencial o hipotética de un interés difuso y colectivo que se habría evaluado de manera imperfecta a través de un método homologable a la llamada “*condictio*”. En opinión del TS, de este modo se habría evitado que la lesión ambiental ocasionada redundara en beneficio del infractor, ni siquiera a través de un mecanismo de ahorro. Así delimitado el posible daño, el propio TS centra la cuestión a resolver en si puede hablarse de una responsabilidad civil nacida de un delito conforme a alguno de los títulos previstos en los arts.109 y ss. CP. Para contestar a esta cuestión el TS comienza recordando que cabe exigir responsabilidad civil cuando del delito contra el medio ambiente se deriven perjuicios cuantificables, ocasionados en bienes de titularidad concreta, ya sea pública o privada. No obstante, a su modo de ver, con carácter preferente ha de permitirse operar a la reparación a costa del infractor prevista en el art. 339 CP, de modo que la indemnización sería sustitutiva de aquélla. Es importante destacar que, a juicio del TS, la medida reparadora del art. 339 CP comporta una tutela reintegradora que constituiría en restaurar o reponer las cosas a su estado primigenio. Con este entendimiento se acogería un reciente estándar en materia de medio ambiente, según el cual, “el que contamina, restaura”; criterio que habría sustituido al anterior argumento de “quien contamina paga”.

Siguiendo con esta línea argumental, el TS entiende que cuando la reparación o reposición al estado anterior de cosas no sea factible, ni se detecten daños individualizables que afecten a sujetos jurídicos identificables (que trasciendan de los sujetos difusos y daños colectivos inherentes a todo delito ambiental), la búsqueda de un subrogado “simbólico” comportaría deformar el instituto de la responsabilidad civil. En particular se desvirtuaría el instituto de la indemnización. Y ello porque el abono de una indemnización cuantificada sobre criterios razonables, en concreto, atendiendo a lo que debiera haberse pagado en caso de estar autorizadas esas emisiones, al departamento competente en materia ambiental de la Administración Au-

tonómica afectada, no deja de plantear fricciones con la institución de la responsabilidad civil derivada del delito, a tenor de los arts.109 y ss. Ante todo porque la indemnización allí contemplada tiene la misma naturaleza y fundamento que la regulada en el Código Civil y su función primordial es compensatoria. No puede pretenderse, por todo ello, que cumpla una función sancionadora ni de restitución de un enriquecimiento o ahorro injusto. Como recuerda el TS existen otros mecanismos jurídico-penales para evitar aquella clase de enriquecimiento por parte del infractor, como pueden ser el decomiso o la pena de multa proporcional o conforme al sistema de días multa, que concretamente está previsto en el delito ambiental. En este ámbito además, el art. 339 CP cumpliría —según lo expuesto— un papel de reparación específica como modalidad de responsabilidad civil, sin embargo a juicio del TS no admitiría un empleo como el realizado por el tribunal de instancia. Porque en la misma la indemnización ha dejado de cumplir con su función resarcitoria para pasar a desempeñar, de forma encubierta, una finalidad sancionadora en parte y en parte paliativa de un hipotético enriquecimiento injusto, ante todo, por no haber pagado los derechos de emisión. Esta función no podría cubrirse a través de una indemnización, pero sí correspondería hacerlo a través de la pena de multa que acompaña a la privativa de libertad en estos delitos, de modo que sirva para imponer compensaciones económicas adicionales.

En definitiva, el concreto delito contra el medio ambiente no llevaría aparejado indemnización en los términos expuestos, sin perjuicio de que pueda llevar anudados mecanismos como el de la reparación que da pie además a la atenuante del art. 340 CP que, en el caso enjuiciado, habría sido apreciada y no vería mermada su eficacia en esta sentencia. Sobre la base del anterior razonamiento se estima el motivo expuesto, suprimiendo las indemnizaciones acordadas en la sentencia de instancia, con el efecto extensivo que faculta el art. 903 LECrim.

3. EL FALLO DE LA SENTENCIA

El TS emitió un fallo en el que se declaraba haber lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por los recurrentes *Triturados F.S.L.* y *Recuperaciones N.S.L.* en lo tocante al motivo referido a las *indemnizaciones impuestas en la sentencia condenatoria recaída por delito contra el medio ambiente*. Por ello se concluye casando en este punto, la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia provincial de Madrid, declarando de oficio las costas de dicho recurso. De igual modo, se declara haber lugar parcialmente

a los recursos de Luciano R.C. y Antonio N.M. y Antonio N.J. puesto que se admite el motivo en que alegaban aplicación indebida de la agravante específica del art. 326 a) CP referida a la clandestinidad de la actividad contaminante desempeñada. Así pues también en este punto se casa la sentencia que les condenó por delito contra medio ambiente. En lo demás, se rechaza el recurso de Félix M.P. y Félix M. S.S.L. y Reciclajes Felma, condenándoles al pago de las costas ocasionadas por su recurso.

Como consecuencia del fallo, con fecha 13 de octubre de 2015, el TS dictó una *segunda sentencia* en la que se asumen los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia. En la fundamentación jurídica se explicitan los motivos de casación admitidos. En particular se incide en que no es aplicable el art. 326 a) CP (FD 1°) y, en consecuencia ello comporta una rebaja de las penas establecidas en la sentencia de instancia, siendo preciso determinarlas de nuevo.

Con todo, se tiene en cuenta que el tipo aplicado es el del art. 325.1 CP *in fine* que comporta un marco penal que (antes de ser reformado por LO 5/2010, de 22 de junio, es decir, en el momento de cometerse los hechos) oscilaba entre dos años y tres meses y cuatro años de prisión. Se deja sin modificar las penas privativas de derechos y la multa. En aplicación de estos criterios, a Antonio N.J. y Antonio N.M. se les aplica —en consideración además a la gravedad de sus conductas así como al dato del exceso cualitativo que llevan a cabo en la autorización administrativa— un incremento moderado de la pena mínima posible. De modo que se les impone una pena de prisión de dos años y seis meses y una multa de 12 meses, así como inhabilitación especial por dos años.

Por su parte, Luciano R.C. y Félix M.P. se benefician de la rebaja en un grado de la pena, prevista en el art. 65.3 CP. Es lo cierto, sin embargo, que la sentencia que los condenó no llega a aclarar si seconsidera al delito del art. 325.1 CP, en su tipo básico, como un delito especial. Tampoco establece nada respecto de la consideración como delito especial de lo que el TS denomina “subtipo agravado”. Hubiera sido importante realizar esta aclaración puesto que el art. 65.3 CP es un precepto cuya aplicación se orienta a los llamados delitos especiales, es decir, aquellos que solo puede cometer una persona cualificada. El tipo básico del art. 325.1 CP no es considerado un delito especial, según doctrina penal mayoritaria. Tampoco se considera un delito especial el subtipo agravado del art. 325.1 CP *in fine*, ni se requiere reunir especiales cualidades para aplicar alguna de las agravantes del art. 326 CP. Por todo ello la aplicación de la rebaja de la pena prevista en el art. 65.3 CP a Luciano y Félix, aún cuando fueron considerados cooperadores necesarios, resulta cuestionable. No obstante lo anterior en el fallo de la nueva

sentencia, el TS mantiene este beneficio a la vista de que es una cuestión que le suscita dudas y para mantener el criterio de la sentencia de instancia, respetando así la prohibición *de reformatio in peius*. En consecuencia se les impone unas penas que se acercan al mínimo del marco penológico alcanzado, fijándose en concreto, una pena de prisión de un año y dos meses y multa de 6 meses con las cuotas y accesorias también correspondiente fijadas por la Sala de instancia; la inhabilitación especial de fija en 8 meses.

Por último, con respecto a los acusados Oscar D.S.H. a quien alcanza los efectos de la estimación del recurso de casación (conforme al art. 903 LE-Crim), la pena se fija en un año y dos meses. De modo que es alto tribunal acuerda la sustitución de dicha pena por la de multa (art. 88 y ss CP) del mismo modo que realizó la Audiencia y, por tanto, sin modificar la cuota de dicha sanción pecuniaria.

En coherencia con esta fundamentación se dicta el fallo en el que los acusados Antonio N.J. y Antonio N.M. siguen siendo condenados por un delito contra el medio ambiente, en concepto de autores, aunque ven rebajadas las penas impuestas. Por su parte, Luciano R.C. también es condenado por el mismo delito pero en su condición de cooperador necesario y se beneficia de la atenuante del art. 65.3 CP. Por su parte Oscar D.S.H., asimismo, sigue siendo condenado como cooperador necesario de aquel delito, teniendo en cuenta la atenuante específica de reparación del daño.

Por último, otro de los aspectos reseñables de este fallo, es el referido a la supresión que el TS establece, de las indemnizaciones de 60.000 euros fijadas en la sentencia de instancia quedando, por tanto, sin efecto la consideración como responsables civiles subsidiarios de las empresas que se declararon como tales.

4. REFLEXIÓN FINAL

La sentencia comentada destaca, ante todo, porque en ella el TS ratifica, por primera vez, una condena por un delito contra el medio ambiente por emisiones de gases nocivos para la capa de ozono, con puesta en peligro grave de los sistemas naturales y de la salud de las personas, conforme al art. 325.1 CP *in fine*.

Destaca, por tanto, la fundamentación jurídica desarrollada por el TS para justificar esta condena, apoyándose ante todo en la concepción del denominado *efecto cumulativo* de aquellos gases contaminantes, para apreciar el peligro hipotético que, en opinión del alto Tribunal, integraría el requisito típico del posible perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales.

Además esta resolución destaca por avanzar en la orientación mixta de la interpretación de la circunstancia agravante específica del art. 326 a) CP, esto es, en un entendimiento no solo formal sino también material de la circunstancia de *clandestinidad*. De modo que, según el TS, no cabe entender por tal aquellos supuestos en que se producen excesos cualitativos en la ejecución de una autorización de funcionamiento de actividades industriales con incidencia en medio ambiente. En suma, se excluirían del concepto de “clandestinidad” del art. 326 a) CP aquellos casos en que el agente que inicia la conducta contaminante posee determinada licencia que le habilita para realizar actividades en medio ambiente, pero actúa excediéndose en los límites allí marcados.

Por último, también destaca el entendimiento restrictivo que realiza de la indemnización como medida que integraría la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito del art. 325 CP. Así, le otorga un carácter sustitutivo respecto a la reparación del art. 339 CP y, ante todo, excluye su imposición en casos en que no se demuestren daños concretos causados a una persona —física o jurídica— identificable, sino a la colectividad. Asimismo rechaza que la indemnización exclusivamente cumpla con una función resarcitoria, excluyéndola en supuestos en que constituya una medida sancionadora que ya puede satisfacerse con la imposición de la multa prevista para aquel delito.

BIBLIOGRAFÍA

- CUERDA ARNAU, M. L., “Intervenciones prospectivas y secreto de las comunicaciones. Cuestiones pendientes” en *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación* (dirs. González Cussac/Cuerda Arnau), Valencia, 2013.
- DE LA MATA BARRANCO, N., *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona, 1996.
- DE LA MATA BARRANCO, N./LANDA GOROSTIZA, J.-M., “Delincuencia ambiental y jurisprudencia penal” en *Estudios de Derecho ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Valencia, 2008
- FRIGOLS i BRINES, E., “La prueba del delito medioambiental (artículo 325 del Código penal español)”, en *Temas actuales de Derecho penal. Desafíos del Derecho penal contemporáneo* (obra colectiva, coord. COLLANTES GONZALES) 2004. El mismo artículo en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, octubre de 2004 (Tol 496396).
- GALLÁS, “Abstrakte und konkrete Gefährdungs” en *Festschrift für Ernst Heintz*, Berlin, 1972.
- GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992-1993.
- GARCÍA RIVAS, N., *El delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998.
- “Contribución al análisis de los delitos de peligro contra el medio ambiente” *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo* (coord. Collantes), 2004, Perú.

- GÓRRIZ ROYO, E., “Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas” en *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación* (dirs. González Cussac/ Cuerva Arnau), Valencia, 2013.
- *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Valencia, 2015.
- HORN, E., *Kronkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.
- KUHLEN, L., “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§324 StGB), GA, 1986.
- “Umweltstrafrecht -auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, ZStW, 105, 1993.
- MARQUÉS I BANQUÉ, M., “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, 6ª ed., Pamplona, 2011.
- MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal. Parte Especial*, 4º Ed., Valencia, 2015.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.
- MENDO ESTRELLA, A., *El delito “ecológico” del artículo 325.1 del Código penal*, Valencia, 2009.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “El bien jurídico protegido” en *VVAA, Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial* (dir. FARALDO CABANA, P.; coord. PUENTE ABA, L. M.), Valencia, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999.
- “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal”, en *La Ley* 1997-3.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M./MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, Barcelona, 2012.
- VERCHER NOGUERA, A., en “Responsabilidad penal ambiental” en *Responsabilidad ambiental, penal, civil y Administrativa*, Madrid, 2003

Sentencia de 13 de octubre de 2015

ENCABEZAMIENTO:

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 521/2015

Fecha Sentencia: 13/10/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Recurs o Nº: 144/2015

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION Nº: 144/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 08/09/2015

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid (Sección Tercera). *Secretaría de Sala*: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero *Escrito por*: IPR Nº: 144/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Fallo: 08/09/2015

Recurs o Nº: 144/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 521/2015

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Manuel Maza Martín

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de octubre de dos mil quince.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por Patricio Matias, Desiderio Laureano, Jesus Bruno, Severiano Heraclio y de las Mercantiles FELIX MARTÍN SUÑER, SL Y RECICLAJES FELMA SA, TRITURADOS FÉRRICOS SL y RECUPERACIONES NIETO SL, contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Domingo José Collado Molinero y Sainz de Baranda Riva. Siendo parte recurrida Basilio Estanislao representado por la Procuradora Sra. Castillo Díaz. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Quince de los de Madrid incoó Diligencias Previas (Procedimiento Abreviado nº 3462/2011), contra Arsenio Octavio, Patricio Matias, Desiderio Laureano, Jesus Bruno, Severiano Heraclio, Cirilo Laureano, Prudencio Gervasio y Basilio Estanislao y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Tercera) que, con fecha cuatro de diciembre de dos mil catorce, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**: *"PRIMERO.- Desde al año 2007 al 2010 los acusados Desiderio Laureano y su hijo Patricio Matias, mayores de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, actuaban en el tráfico mercantil a través de las entidades Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto SL, dedicándose a la actividad de almacenamiento y trituración de metales férreos y no férreos, contando exclusivamente con autorización adminis-*

trativa para intervenir en el tratamiento y gestión de residuos no peligrosos. Ambas sociedades compartían tanto los recursos materiales como los empleados.

Desiderio Laureano ostentaba la condición de administrador de Recuperaciones Nieto SL, propietaria mayoritaria con el 66% del capital social de la empresa Triturados Férricos SL (en adelante Trifer), cuyo presidente y consejero delegado único era también Desiderio Laureano. Su hijo Patricio Matias actuaba como gestor encargado de las compras y ventas de Trifer y Recuperaciones Nieto, y el también acusado Jesus Bruno, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, era el encargado general.

En el periodo señalado, los acusados, incumpliendo con las disposiciones de la normativa sobre los Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE), se dedicaron a la compra de frigoríficos bajo la denominación de "chapajo" o "línea blanca", aunque carecían de la necesaria autorización para la gestión de residuos peligrosos. Además, las instalaciones de Trifer carecían de la licencia municipal de actividad y funcionamiento, lo que motivó que se acordara su precinto por el Ayuntamiento de Madrid, tras el inicio de este procedimiento.

Entre los proveedores de Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto SL figuraban las siguientes empresas: "Félix Martín Suñer SA", que también actuaba con la denominación "Reciclajes Felma SA" y que recogía la totalidad de los frigoríficos depositados en la entidad "Vertederos de Residuos SA - Senda Ambiental SA UTE"; igualmente, las sociedades "Recuperaciones y Reciclajes El Molar SL" y "Recuperaciones Maroto SL" que se mencionarán más adelante. Además, las empresas "Isabel Tomé Cáceres", que entregó a Trifer al menos 24 aparatos; "Recuperaciones, Hierros y Metales Alcalá" que entregó aproximadamente 192 aparatos, y "Chatarras Fernández Valcárcel" que entregó 100 de ellos.

Una vez los frigoríficos se encontraban en sus instalaciones, sitas en la carretera de Madrid-Toledo, Avda. Princesa Juana de Austria km. 9.200 del municipio de Madrid, en el recinto de la

fundición Arcelor Madrid SL, procedían a la fragmentación de los mismos introduciéndolos con otros residuos metálicos en la máquina trituradora de gran capacidad que tenían instalada, con conocimiento de que se liberaban a la atmósfera los gases contenidos en sus circuitos y espumas aislantes, y que tal circunstancia significaba un gran riesgo para el medio ambiente y la salud de las personas.

En el período señalado se fragmentaron un número aproximado de 2.236 aparatos, y como su consecuencia se liberaron a la atmósfera 3.378 toneladas de CO2 equivalente, lo que supuso un peligro muy notable para el equilibrio de los sistemas naturales y para la salud. El daño ambiental causado, de acuerdo con la valoración pericial fue por importe de 60.722 euros, cantidad obtenida atendiendo al valor de mercado de los derechos de emisión de CO2 y otros gases de efecto invernadero, actualizado al año 2013.

SEGUNDO.- El acusado Basilio Estanislao, mayor de edad y sin antecedentes penales, era el gestor de la empresa "Vertederos de Residuos SA - Senda Ambiental SA UTE" (en adelante Vertresa) que actuaba en la Planta Las Dehesas del Parque Tecnológico de Valdemingómez como concesionaria del Ayuntamiento de Madrid, con objeto de hacerse cargo, entre otros residuos, de la totalidad de los frigoríficos que procedían de los Puntos Limpios y de la recogida de voluminosos en la vía pública del Ayuntamiento de Madrid. Dicha entidad disponía únicamente de una autorización administrativa de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid para la instalación de tratamiento, valorización y eliminación en vertedero de residuos urbanos no peligrosos, con obligación de separación de los componentes que contengan residuos peligrosos, y en particular los electrodomésticos de línea blanca que contengan clorofluorocarbonos; tales residuos debían ser enviados a un gestor autorizado para su tratamiento o valorización.

Pese a no disponer de autorización legal, los empleados de Vertresa procedían a la extracción irregular del gas refrigerante CFC de los circuitos de los frigoríficos, incumpliendo además la normativa relativa a la descontaminación del circui-

to, en tanto el gas extraído no se almacenaba en bombonas al efecto; así, aunque se adquirieron tres bombonas a la empresa Carburos Metálicos, no consta que ninguna de ellas se hubiera remitido cargada de gas para su vaciado y eliminación legal. Por otra parte, Vertresa entregó una cantidad no inferior a 1.920 frigoríficos a la empresa Reciclajes Felma SA con conocimiento de que su destino no iba ser una planta de tratamiento autorizada.

Basilio Estanislao ha reconocido plenamente los hechos y asumido sus responsabilidades, adoptando, una vez iniciada la investigación, medidas eficaces para evitar en lo sucesivo el depósito y gestión irregular de los frigoríficos usados que accedían a las instalaciones de Vertresa, que pasó a remitir de inmediato al Sistema Integrado de Gestión ECOLEC para su tratamiento de acuerdo con la ley. Asimismo, el acusado ha consignado la responsabilidad civil que le corresponde.

TERCERO.- El acusado Severiano Heraclio, mayor de edad y sin antecedentes penales, dirigía la entidad "Félix Martín Suárez SA", que también actuaba con la denominación "Reciclajes Felma SA", de las que era propietario y administrador, dedicadas al sector del reciclaje de metales. Contaba con una "Autorización para la realización de las actividades de transporte en calidad de mero intermediario de los Residuos Peligrosos en el ámbito de la Comunidad de Madrid", por resolución emitida por la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid de 10 de octubre de 2001, con efectos a partir del 26 de febrero de 2002, y era conocedor de que su autorización no incluía el tratamiento de los residuos peligrosos, y que para dicha actividad sólo podría dirigirse a las plantas de tratamiento autorizadas.

Pese a ello, y con pleno conocimiento del riesgo que suponía para el medio ambiente y la salud de las personas, fue proveedor habitual durante el período contemplado de las empresas Trifer y Recuperaciones Nieto, a las que trasladó un número no inferior a 1.920 frigoríficos que recogió de la entidad Vertresa, a sabiendas de que se introducían en la fragmentadora de Trifer pese a que no se habían realizado las operaciones legalmente establecidas para la extracción de los

gases que contenían los circuitos y las espumas de aislamiento de los aparatos.

CUARTO.— El acusado Arsenio Octavio, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, era el dueño y gestor de la empresa "Recuperaciones Maroto SL", dedicada a la recogida y recuperación de hierro y metales con autorización para la gestión de residuos no peligrosos. Durante el período contemplado en esta causa suministró a Trifer diferentes envíos de mercancía bajo la denominación taras, paquete chapajo, paquete chararilería, paquete chatarra y motores.

QUINTO.— El acusado Cirilo Laureano, mayor de edad y sin antecedentes penales, era el administrador de "Recuperaciones y Reciclajes El Molar SL", que giraba también como "Recuperaciones García Romano", dedicada a la gestión de residuos metálicos; por su parte, el acusado Prudencio Gervasio, mayor de edad y sin antecedentes penales, era el encargado de Recuperaciones y Reciclajes El Molar.

A finales de 2010, Cirilo Laureano llegó a un acuerdo con "Recuperaciones Ferrohenaes SL" sita en la Carretera de Mejorada a Alcalá de Henares (San Fernando de Henares) para la adquisición de dicha empresa bajo la titularidad de su esposa Tania Pilar; en ejecución de dicho acuerdo, los acusados pasaron a ocuparse de la gestión de la antedicha empresa con anterioridad a la formalización de la transmisión, actuando Prudencio Gervasio desde semanas antes a dicha formalización como encargado, con la finalidad de familiarizarse con la praxis de Ferrohenaes. Los días 1 y 3 de diciembre de 2010 remitieron desde las instalaciones de Ferrohenaes tres camiones que contenían un número indeterminado de frigoríficos usados adquiridos en el poblado chabolista de

Entrevías para su entrega en las instalaciones de Trifer, emitiendo los albaranes a nombre de Reciclajes El Molar SL".

2.— La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"como autores criminalmente responsables de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, a las siguientes penas:

2. a) A los acusados Desiderio Laureano y Patrio Matias, a las penas a cada uno de ellos de **cuatro años y un mes de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de cuarenta meses**, con una **cuota diaria de doce euros** y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal, sin poder superar el límite legal de cinco años de privación de libertad; e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de cuatro años.

Al acusado Jesus Bruno, las penas de **dos años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de trece meses**, con una **cuota diaria de seis euros**, y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal, e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de un año y seis meses.

Las empresas Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto SL deben responder directa y solidariamente del pago de las penas de multa impuestas.

b) Al acusado **Basilio Estanislao**, concurriendo la atenuante específica de reparación del daño, a las penas de **dos años de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de trece meses**, con una cuota diaria de doce euros, y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal; e **inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de un año y seis meses**.

Se acuerda la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la de cuatro años de multa, a razón de una cuota de doce euros por día. La empresa Vertederos de Residuos SA - Senda Ambiental SA UTE debe responder directa y solidariamente del pago de la pena de multa,

c) Al acusado Severiano Heraclio, a las penas de **dos años de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de

sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; multa de trece meses, con una cuota diaria de doce euros, y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal; e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de un año y seis meses.

Las empresas Félix Martín Suárez SA y Reciclajes Felma SA deben responder directa y solidariamente del pago de la multa.

3. Los acusados Desiderio Laureano, Patricio Matias y Jesus Bruno deben indemnizar conjunta y solidariamente a la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid en 28.722 euros; las empresas Trifer SL y Recuperaciones Nieto SL deben responder subsidiariamente de dicha cantidad. Severiano Heraclio debe responder directa y solidariamente con dichos acusados hasta la cuantía de 20.140 euros, siendo las empresas Félix Martín Suárez SA y Reciclajes Felma SA responsables civiles subsidiarias.

Hágase entrega a la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid de la cantidad de 32.000 euros consignados por la empresa Vertederos de Residuos SA - Senda Ambiental SA UTE en concepto de indemnización civil reclamada.

4. Los acusados abonarán cada uno una octava parte de las costas procesales causadas.

5. Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Cirilo Laureano, a Prudencio Gervasio y Arsenio Octavio de toda responsabilidad penal derivada de los hechos enjuiciados, y declaramos de oficio tres octavas partes de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena impuesta abóñese a los acusados el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndolas saber que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante este Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en los arts. 212 y 847 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

3.— Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Patricio Matias y Desiderio Laureano.

Motivo primero.— Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo segundo.**— Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por investigación prospectiva (art. 24 CE) y por infracción de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de legalidad (art. 9.3 CE). **Motivo tercero.**— Por infracción de ley al amparo del art. 849 LECrim por indebida aplicación del art. 325.1 CP e igualmente al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LOPJ por vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE).

Motivo cuarto.— Por infracción de ley al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim por indebida aplicación del art. 325.1 CP. **Motivo quinto.**— Por infracción de ley al amparo del art. 849 LECrim por indebida aplicación del art. 326.a) CP. **Motivo sexto.**— Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación art. 21.6 CP (atenuante dilaciones indebidas) CP.

Motivo séptimo.— Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación del art. 21.5 CP (atenuante de reparación del daño) CP. **Motivo octavo.**— Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim por vulneración del deber de motivación de resoluciones judiciales (art. 24 CE). **Motivo noveno.**— Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del principio acusatorio ocasionando indefensión.

Motivos aducidos en nombre de Jesus Bruno.

Motivo primero.— Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo segundo.**— Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por investigación prospectiva (art. 24 CE) y por infracción de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de legalidad (art. 9.3 CE). **Motivo tercero.**— Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 325.1 CP e igualmente al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim por vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE). **Motivo cuarto.**— Por infracción de ley al amparo del n° 1 del art. 849 LECrim por indebida aplicación del art. 325.1 CP. **Motivo quinto.**— Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 326.a) CP. **Motivo sexto.**— Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° LECrim por indebida inaplicación art. 21.6 CP (dilaciones indebidas). **Motivo séptimo.**— Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° LECrim por indebida inaplicación del art. 21.5 CP (atenuante de reparación del daño). **Motivo octavo.**— Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim por vulneración del deber de motivación de resoluciones judiciales (art. 24 CE). **Motivo noveno.**— Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del principio acusatorio ocasionando indefensión. **Motivo décimo.**— Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 28 b) CP.

Motivos aducidos en nombre de Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto SL

Motivo primero.— Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim por vulneración del art. 24 en relación con el art. 9.3 CE. **Motivo segundo.**— Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la motivación de resoluciones judiciales causando indefensión (art. 24 CE).

Motivos aducidos en nombre y representación de Severiano Heraclio, Felix Martin Suárez, SL y Reciclajes Felma.

Motivo primero.— Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). **Motivo segundo.**— Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 28.II.b) y por inaplicación indebida del art. 29 del CP.

4.— El **Ministerio Fiscal** se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, **impugnando todos sus motivos.** Tras el debido traslado para instrucción de los recurrentes que evacuaron el trámite con presentación de varios escritos y adhesiones recíprocas a algunos de los motivos, la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.— Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día ocho de septiembre de dos mil quince.

6.— Con fecha 22 de septiembre de 2015 se dictó Auto de prórroga del plazo para dictar sentencia por un término de quince días más (art. 899 LECrim)

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

A) Recurso de Severiano Heraclio, Félix Martín Suárez, SL y Reciclajes Felma SA

PRIMERO.— El derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) se erige en referente del primer motivo de este recurso conjunto. El tema accede a casación de la mano del art. 852 LECrim. No existiría en el sentir de los recurrentes prueba suficiente que avale ni la base subjetiva del delito por el que ha sido condenado el primero de ellos, ni el transporte de frigoríficos en el número y condiciones (con riesgo derivado de los componentes contaminantes al no estar retirados los circuitos) que le atribuye la sentencia de instancia.

El derecho a la presunción de inocencia constituye una regla de juicio que prohíbe una condena sin el soporte de pruebas **i)** de cargo, **ii)** válidas, **iii)** revestidas de las necesarias garantías, **iv)** referidas a todos los elementos del delito, también

los subjetivos y v) de las que pueda inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Se violará tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo (SSTC 68/2010, de 18 de octubre Fundamento Jurídico Cuarto; 107/2011, de 20 de junio —Fundamento Jurídico Cuarto—, 111/2011, de 4 de julio —Fundamento Jurídico Sexto a)—, o 126/2011, 18 de julio —Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a—). Es ya doctrina pacífica que rectifica anteriores planteamientos jurisprudenciales la cobertura de los elementos subjetivos (como el conocimiento y voluntad) por las exigencias de la presunción de inocencia, aunque por sus características, será la prueba indiciaria la que sustente habitualmente su concurrencia.

El control en vía de recurso sobre el respeto a la presunción de inocencia supone:

- i) depurar el material probatorio para expulsar de él tanto la prueba ilícita como aquella no utilizable por adolecer de alguna de las garantías imprescindibles (contradicción, publicidad);
- ii) a continuación, valorar el material restante comprobando si en abstracto era razonablemente suficiente para que el Tribunal pudiese llegar a una convicción exenta de toda duda sobre la culpabilidad; y,
- iii) finalmente testar si, en concreto, esa convicción está motivada de forma lógica.

Desde estos fundamentos generales, descendemos al alegato del recurso que cuestiona la suficiencia de la actividad probatoria al tiempo que denuncia en alguna de las pruebas déficits de garantías.

a) Se realiza una densa y compartible exposición de las características que debe revestir la **declaración de un coimputado** para encerrar potencialidad desactivadora de la presunción constitucional de inocencia. No en vano la sentencia se apoya en cierta medida (aunque, desde luego, no exclusivamente) en la declaración del coimputado Basilio Estanislao. Se denuncia que no vendría acompañada de los exigibles **elementos corroboradores**. Además se cuestiona su va-

lorabilidad dada la negativa de tal coacusado a contestar al letrado de la defensa en el acto del juicio oral privándole de su derecho a interrogar al testigo de cargo. Eso inhabilitaría la declaración para ser valorada como prueba de cargo. Por fin, se incide en los beneficios que el coimputado ha obtenido en virtud de su confesión, como elemento que menoscaba su fiabilidad.

Como es bien sabido (por todas, STS 881/2012, de 28 de septiembre) el Tribunal Constitucional ha introducido ciertas reglas valorativas respecto de las declaraciones de co-imputados. Sin la observancia de esas reglas o elementos complementarios la declaración del coimputado sería “insuficiente” en abstracto (más allá de las circunstancias del supuesto concreto) para desmontar la presunción de inocencia. No “inutilizable”, sino “insuficiente”. La valoración de las declaraciones de coimputados no es solo un problema de fiabilidad en concreto, sino también de reglas de valoración abstractas que condicionan o limitan su capacidad para fundar una condena. Es una prueba peculiar. Genera *ab initio* una cierta desconfianza porque proviene de persona interesada en el asunto y dispensada de la obligación de decir verdad. De ahí su singularidad.

Respecto de esta *prueba* no bastan las normas generales: que la prueba sea lícita, que se practique con contradicción, que esté racionalmente valorada y motivada, que sea convincente en concreto interrelacionada con el resto de la actividad probatoria... Requiere algo más: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal les ha otorgado crédito esté fuertemente cimentado y sea suasorio. Si, a pesar de ello, fallan esas garantías externas y, en lo que ahora interesa, la corroboración, habrá de declararse contraria a la presunción de inocencia la condena fundada en ese elemento de convicción. No es suficiente la racionalidad y consistencia de la motivación. Es imprescindible un *plus* que viene constituido por unos criterios de valoración interna (test de fiabilidad); y por la necesidad de un complemento (corroboración externa).

En el primer plano (test de fiabilidad) se mueven unos cánones paralelos a los elaborados para las

declaraciones de la víctima, aunque en el caso de coimputados representan algo más que simples orientaciones. Necesariamente han de ser tomados en consideración. Entre ellos el análisis de posibles motivaciones espurias, lo que se planteará con más detalle en recursos posteriores.

Se va más lejos en la necesidad de concurrencia de corroboración externa que se configura como requisito *sine qua non* del valor probatorio de la declaración del coimputado. Como el acusado ni está obligado a decir verdad, ni presta promesa o juramento, sus manifestaciones son menos fiables; están legalmente devaluadas. Puede mentir con impunidad.

En este mojón del itinerario discursivo, no obstante, se impone alguna matización. El hecho de que el procesado no esté conminado bajo juramento o promesa a decir verdad y no pueda ser reo de falso testimonio, no implica que pueda acusar a otros amparado por un blindaje que le protegería frente a cualquier consecuencia negativa. Las acusaciones inveraces a otros imputados pueden ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa (STS 1839/2001, de 17 de octubre: *"el hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir verdad, y quede excluido de la posibilidad de ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir en lo que a otros concierne, ni acusarles impunemente. Las acusaciones inveraces a otros imputados podrían ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa"*; vid también SSTS 522/2008, de 29 de julio ó 513/2015, de 9 de septiembre).

En ese escenario de prueba en principio "poco fiable" se sitúa la exigencia de corroboración. La pura y desnuda declaración de un coprocesado es insuficiente para sustentar una sentencia condenatoria.

La corroboración, así exigida, no puede ser puramente interna, intrínseca a las propias declaraciones, o circular. Ha de venir integrada por datos externos que confirmen en algunos puntos, más o menos accesorios o principales, la veracidad de las declaraciones (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre o 142/2003, de 14 de julio). Pueden bastar elementos periféricos que, no siendo

pruebas suficientes por sí mismas, refrenden la declaración del co-procesado siempre en lo relativo a la imputación del delito y no a extremos marginales.

Esta concepción sobre la necesidad de corroboración —"mínima corroboración", dice la jurisprudencia— queda bien reflejada en la STC 190/2003, de 27 de octubre: *"constituye corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración"* (vid. también SSTC 68/2002, de 11 de marzo, 181/2002, de 14 de octubre, 233/2002, de 9 de diciembre o 17/2004, de 23 de febrero ó 142/2006 de 8 de mayo).

Para el recurrente la declaración del coacusado Basilio Estanislao en el acto del juicio oral aceptando los hechos que se le atribuían y singularmente la cifra que fija el volumen de frigoríficos recogidos no se ajustaría a los estándares que marcan el mínimo de calidad probatoria de una declaración de coimputado pues no habría elementos periféricos corroboradores suficientes para apuntalar esas declaraciones. Los señalados por la sentencia de instancia adolecerían en el sentir del impugnante de carencias que los degradan. Así, las declaraciones de los agentes del SEPRONA hablan de la presencia de frigoríficos pero no pueden especificar ni número ni estado. No más añadiría el acta de 25 de octubre de 2010. Tampoco el reportaje fotográfico obrante a los folios 1494 a 1502 sería significativo. La documentación referida a entradas y salidas de la línea blanca abarca todo tipo de electrodomésticos y no solo frigoríficos, por lo que no es concluyente. Por fin existe una carta de Basilio Estanislao obrante al folio 725 acreditaría lo contrario.

No puede compartirse ese análisis. La exigencia de corroboración no equivale a la necesidad de una prueba autónoma que por sí sola sea concluyente. Si fuese así sobraría la declaración del coimputado de la que podríamos prescindir. Los elementos señalados por la sentencia y en cierta medida desfigurados en el análisis que hace el recurrente demuestran que esas manifestaciones del coimputado no son un elemento aislado o

huérfano de apoyos probatorios. Junto a los expuestos al hilo de las objeciones del recurrente, la existencia de restos de espuma (folio 658) en los residuos analizados es elemento no desdeñable. Así como lo son las declaraciones policiales de Felipe Maximiliano. El propio recurrente en sus manifestaciones en fase de instrucción reconoció la adquisición de frigoríficos.

Los fundamentos de derecho tercero y sexto de la sentencia son suficientemente expresivos a este respecto: su lectura muestra la presencia de un material probatorio suficiente no solo para respaldar las manifestaciones de Basilio Estanislao sino también para destruir la presunción de inocencia.

Lo expone bien el Fiscal: "En efecto, dice que el tráfico de frigoríficos entre Vertresa (empresa concesionaria del Ayuntamiento de Madrid para hacerse cargo, entre otros residuos, de la totalidad de los frigoríficos que procedían de los puntos limpios y de la recogida voluminosos en la vía pública) Eloy Bernabe y Trifer se demuestra mediante la documentación (folios 666 a 731, 740 a 745, 747 a 753) y también por documentación procedente de la empresa Félix Martín Suñer (folios 827 a 1.310), en la que se informa sobre las entradas y salidas de línea blanca entre septiembre de 2.008 a septiembre de 2.010, y de la que se desprende que, en dicho periodo, entraron 1.477.040 Kg. de línea blanca, procedente de la planta de las Dehesas de Vertresa, y salieron 283.680 Kg. con dirección a Trifer con el mismo concepto. El acta de inspección del Seprona de la Planta Las Dehesas constata el hallazgo de 41 frigoríficos, 6 arcones congeladores, 8 motores compresores de frigoríficos y 2 máquinas destinadas a la extracción de gas contenido en los motores de tales electrodomésticos.

Añade que los testimonios de los empleados de Vertresa revelan la recepción, manipulación y tráfico de frigoríficos, que eran finalmente entregados a la empresa Félix Martín Suñer. Resumidamente, los testigos Bernabe Florentino y Horacio Leonardo dijeron que no efectuaban extracción de gases ni trataban las espumas, que se limitaban a acopiar los frigoríficos y Reciclajes Felma se ocupaba del traslado. En el juicio oral

aclararon que únicamente se extraía el aceite, que no compactaban los frigoríficos, y que solo troceaban la madera, muebles y enseres.

Para fijar la cifra de frigoríficos vendidos a Triturados Férricos la Audiencia se apoya en el informe de la Unidad Técnica Adscrita a la Fiscalía General del Estado que realiza una estimación basada en los datos que las empresas proveedoras facilitan y que se consignan en las actas de inspección pero, además, subraya que Basilio Estanislao (gerente de Vertresa) en el plenario, reconoció "en particular la cifra relativa al número de frigoríficos recogido".

En consecuencia, hay prueba suficiente que sustenta la afirmación fáctica que se discute, porque el testimonio del coacusado Basilio Estanislao sí está corroborado por abundante prueba documental y, además, confirmado por los testigos empleados de Vertresa.

Por último, la tesis de que Vertresa entregaba los aparatos frigoríficos cizallados, la recurrente los compactaba y se transportaban cizallados y compactados obedece a una interesada y particular valoración de la prueba. Los testigos empleados de Vertresa dicen que no extraían los gases ni trataban las espumas, que Vertresa no tenía máquina para triturar metales, sin embargo, Triturados Férricos sí poseía una gran máquina trituradora que estaba en funcionamiento, y en la inspección ocular de sus instalaciones se halló una apreciable cantidad de frigoríficos, arcones congeladores y motores frigoríficos. Datos indicarios de que los frigoríficos salían de Vertresa, y la recurrente los transportaba a Trifer donde se trituraban completamente, operación en la que se produce la mayor emisión de gases nocivos para el medio ambiente".

Hay corroboraciones no solo sobradas, sino incluso "autosuficientes". La lectura del fundamento de derecho sexto de la sentencia, denso y esmeradamente elaborado y sistematizado como toda la sentencia, partiendo de las bases comunes de la motivación fáctica expuestas en el fundamento tercero, habla por sí sola. Sería absurdo reproducirla aquí: baste esa remisión. Solo desde una interesada óptica subjetiva se puede decir que faltan datos corroboradores. El simple

examen de esos fundamentos echan por tierra la queja de estos recurrentes

b) En cuanto a los beneficios procesales obtenidos por el coacusado como consecuencia de su aceptación de los hechos son inocultables, pero eso no desacredita sin más sus declaraciones ni anula su eventual valor probatorio. Ciertamente en el momento de valorar la declaración de un coimputado hay que sopesar si actúa impulsado por el exclusivo deseo de acogerse a unos beneficios penológicos (legales o pactados con las acusaciones). Toda una tradición doctrinal mira con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por una vía indirecta de valoración probatoria. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante análogica en relación con la confesión acreditan que en nuestro derecho está admitida y favorecida esa forma de acreditación. En materia de medio ambiente incluso algún texto del Consejo de Europa ha aconsejado dotar de contornos legales al *infractor arrepentido*. El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser tomado en consideración pero no necesariamente lleva a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. Ese dato puede empañar su fiabilidad. Pero si no basta para explicarla y, pese a ello, se revelan como convincentes y capaces de generar certeza por ser perfectamente congruente con el resto del elenco probatorio puede basar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado. Sólo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir una falta de credibilidad que el Tribunal de instancia no ha detectado. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (Autos 1/1989, de 13 de enero ó 899/1985, de 13 de diciembre). Igualmente este Tribunal ha expresado que la búsqueda de

un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas SSTS 279/2000, de 3 de marzo o 197/2013, de 23 de enero). La Decisión de inadmisión de la TEDH de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas.

c) Los recurrentes se quejan también del uso que hace la Audiencia de algunas declaraciones pese a la ausencia de un requisito esencial para ser consideradas elemento probatorio: la jurisdiccionalidad. Se trata de actuaciones practicadas ante un órgano policial (y no judicial) y por tanto no es material probatorio.

La materia presenta aristas y recovecos. No es simple, lineal y clara. No tiene sentido ahora adentrarse en matizaciones y modulaciones. Y es que la Sala de instancia ni ha utilizado esas declaraciones como exclusivo elemento incriminatorio, ni se ha formado su convicción acudiendo a los interrogatorios en sede policial. La certeza se construye sobre otros elementos según se detalla pormenorizadamente en la extenso y bien armada fundamentación fáctica. Aquéllos le permiten básicamente desconfiar de las rotundas afirmaciones de algunos testigos en el plenario por su apartamiento patente de lo declarado en sede policial, sin perjuicio de que algunas de esas declaraciones (bien es verdad que las menos) fueron también objeto de ratificación, con unos u otros matices, en fase de instrucción.

No es que los jueces a *quibus* deduzcan la culpabilidad de los acusados a partir de las declaraciones iniciales policiales; sino que estiman que su testimonio en el acto del juicio oral no es fiable por su flagrante discordancia con su primera versión. En consecuencia esas testificales no merman la solidez de la prueba de cargo que se detalla. Se utilizan esas manifestaciones policiales no tanto para probar, como para no otorgar crédito a la versión indisolublemente exculpatoria ofrecida en el juicio por algunos testigos. La prueba de cargo hay que buscarla en elementos no desvirtuados por esos escasamente creíbles testimonios exculpatorios.

Tampoco ha escapado al análisis de la Sala este tema jurídico que es analizado con el rigor que caracteriza toda la sentencia en su fundamento de derecho tercero (apartado c). La evolución posterior de la doctrina de esta Sala sobre ese aspecto no afecta a la valoración aquí efectuada.

d) La objeción atinente a la falta de contradicción al no haber podido interrogar al coimputado (solo declaró a instancia de su defensa y acusación pública) sería relevante si fuese esa la única prueba o la prueba decisiva. Pero no es así: más bien refuerza el resto del material probatorio que por sí sería suficiente. De cualquier forma conviene advertir que ese silencio no anula absolutamente la valorabilidad de esa declaración, aunque sí la module (STS 339/2013, de 20 de marzo).

e) En lo que respecta a la **prueba indiciaria**, tema al que el recurso dedica un largo pasaje, conviene advertir antes que nada que no estamos en exclusiva ante prueba indiciaria. Se cuenta también con prueba directa —tanto personal como documental— corroborada, eso sí, por múltiples indicios.

Recordemos, en todo caso, alguno de los últimos pronunciamientos del TC sobre tal tipo de prueba (indiciaria).

La STC 133/2014, de 22 de julio —citada posteriormente en la STC 146/2014, de 22 de septiembre— resume una consolidada doctrina. A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: **a)** el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; **b)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; **c)** para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, **d)** que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre “una comprensión razonable de la reali-

dad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (—SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3—).

Leemos en la reseñada sentencia:

“El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento ‘cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada’ (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4)” (FJ 23)”.

“Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC 15/2014, de 30 de enero, se afirma ‘que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que ‘el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo’ (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos” (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de

enero, se establece que nuestro parámetro de control “respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable” (por todas STC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5) (FJ 4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011, FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre, 70/2007, de 16 de abril, 104/2006, de 3 de abril, 296/2005, de 21 de noviembre, 263/2005, de 24 de octubre, y 145/2005, de 6 de junio “...

“...han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional. Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, “cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. **Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término.** Los límites de nues-

tro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse **un examen general y contextualizado** de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1).”

Pues bien, con esos parámetros como referencia se hace patente la improcedencia de ajustarnos a la dialéctica a la que quiere arrastrarnos el recurso: examinar aisladamente los fragmentarios elementos indiciarios que ha elegido interesadamente su análisis, discutiéndolos separadamente para intentar descubrir algún punto débil y desde ahí, al margen de toda lógica, concluir sin más que se ha lesionado la presunción de inocencia pues no se ha atendido a la versión del acusado. No: otra vez hay que remitirse a los fundamentos de derecho tercero y sexto para concluir el adecuado manejo y valoración de la actividad probatoria llevados a cabo por la Audiencia.

El abigarrado conjunto de indicios y pruebas directas, entrelazados entre sí, son concluyentes en el sentido de que no admiten otra explicación al menos igualmente probable a la afirmada en la sentencia. Las pruebas directas en combinación con los indicios corroboradores, muy sólidos, conforman base probatoria sobrada.

Que frente a la tesis acusatoria, avalada por un conjunto de prueba robusto, sea imaginable pensar en otra hipótesis, posible aunque poco probable a la vista del material probatorio, hipótesis, que la Sala descarta razonablemente no descalifica la convicción probatoria desde la óptica de la presunción de inocencia.

f) En cuanto a la **prueba de la vertiente interna o subjetiva del delito** es cierto, como se anticipó, que también la presunción de inocencia se extiende a esos elementos internos por contra de lo que afirmaba una jurisprudencia ya abandonada. La prueba de tales elementos será normalmente indirecta o indiciaria: algo a

deducir del conjunto de elementos externos. Eso sucede aquí: no se entiende bien qué quiere decirse cuando se afirma que no hay prueba que acredite el conocimiento y voluntad del riesgo originado con su actuación.

¿Qué tipo de prueba se pretende exigir? ¿Una confesión?

Esa prueba específica, desde luego, solo estaría en su mano. Pero de todo el contexto —calificación profesional del recurrente, o su propia estrategia procesal—, se puede inferir fundamentalmente que no podía ignorar que ese tipo de electrodomésticos no consentían su tratamiento en la empresa donde los transportaba precisamente por estar sometidos a un régimen especial al revestir mayor peligro desde el punto de vista ambiental. No puede alegarse convincentemente que eso escapaba a sus conocimientos. También en este punto hay que asumir la argumentación de la sentencia de instancia (punto 3 del fundamento de derecho primero). No es exigible una constancia puntual y exacta, científica, documentada, ilustrada y pormenorizada del peligro que para el medio ambiente y la capa de ozono supone la expulsión de esos gases. Basta con el conocimiento genérico que ha de presumirse en quien se dedica profesionalmente a las tareas en las que se desempeña el recurrente. Ha de saber ineludiblemente que para tratar un tipo de residuos están autorizadas determinadas empresas —una en concreto— y no otras. Y debe apostillarse que es suficiente con la modalidad de dolo eventual.

La STS 81/2008 de 13 de febrero que el propio recurrente cita es clara en cuanto a la suficiencia del dolo eventual (vid. también STS 486/2007, aludida igualmente en el escrito de recurso):

“El dolo será normalmente un dolo eventual o de segundo grado, siendo improbable la apreciación del dolo directo, ya que normalmente la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se comete con una finalidad inocua para el derecho penal, como es el desarrollo de una actividad industrial.

Esta Sala Segunda (STS. 486/2007 de 30.5), ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las singularidades del tipo subjetivo en el presente

delito. Ya en la sentencia de 19.5.99 se dijo que el “conocimiento y voluntad del riesgo originado por la acción es lo que configura el elemento subjetivo del delito en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo directo o eventual según el nivel de representación de la certeza o probabilidad del resultado de la conducta ejecutada y de la decisión de no desistir de ella a pesar de las perspectivas previstas por la mente del sujeto”.

*En efecto el tipo del art. 325 CP: 1995 (STS. 1527/2002 de 24.9), requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo, deberá resultar de una prueba directa o ser inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afirmar la comisión dolosa del vertido. **La contaminación por vertidos (STS 1538/2002, 24 de septiembre) no requiere una específica construcción dolosa, sino la genérica del dolo, esto es, conocimiento de los elementos típicos y la voluntad de su realización, expresiones que se reflejan en el hecho probado.***

*Esta Sala ha rechazado la calificación imprudente cuando se está en presencia de un profesional, conocedor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquella (STS 442/2000, 13 de marzo). **En estas situaciones si bien no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción.***

En definitiva, en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo,

pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro (STS 388/2003, 1 de abril).

En consecuencia, el dolo no es otra cosa que el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo. Por ello será necesario acreditar el conocimiento y voluntad por parte de cada acusado del riesgo inherente al vertido incontrolado de residuos líquidos y tóxicos y, en fin, de la idoneidad de esa situación de riesgo para producir, importantes filtraciones en el suelo, subsuelo y acuífero subterráneo de la zona. Y el conocimiento de esa situación de riesgo ecológico, de sus potenciales efectos contaminantes en el medio ambiente y, cuando menos, la aceptación de sus irreversibles consecuencias, fluya del juicio histórico”.

El recurrente deriva la argumentación hacia la falta de prueba de que los frigoríficos llegasen todavía sin descontaminar, es decir, compactados o cizallados y canibalizados. Ciertamente en ese caso no podría hablarse de peligro para el medio ambiente. Pero esa aseveración está desmentida por la prueba practicada. No bastan las propias manifestaciones del acusado y de algunos de sus empleados —en contradicción en ocasiones con lo inicialmente declarado— para desvirtuar esas otras pruebas. No se entendería que el co-acusado Basilio Estanislao se autoinculpase con aseveraciones falsas en perjuicio propio. Los análisis de las muestras obtenidas (folio 647) tampoco contradicen lo afirmado en la sentencia: más bien lo corroboran. Es convincente la argumentación con que la Audiencia rechaza ese alegato exculpatorio (párrafo 2º del punto 3 del primer fundamento de derecho de la sentencia).

g) En lo que respecta a los **testigos**: no cabe revalorar en casación las pruebas personales una vez verificada la racionalidad de la valoración efectuada en la instancia. La consagración del derecho fundamental a la presunción de inocencia como motivo de casación no muta el carácter extraordinario de este recurso para convertirlo en una apelación. La tarea de valoración de la prueba es labor residenciada en el Tribunal de Instancia. En casación solo podremos revisar la presencia de prueba incriminatoria suficiente

y la racionalidad de la valoración realizada por la Audiencia. Subvertiría el reparto de espacios funcionales en el proceso penal que nos sumergiésemos en la revisión global de la prueba practicada (para lo que estamos en una posición menos idónea que la Sala de instancia), para en su caso, hacer prevalecer nuestras conclusiones —que obtendríamos al margen del principio de intermediación y de manera indirecta— sobre las de la Sala de instancia. Es ese un camino que no podemos recorrer.

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.— En un segundo motivo a través del art. 849.1º LECrim se reivindica para el condenado la condición de **cómplice**. No cabe referir ese pedimento a las entidades co-recurrentes: han sido condenadas como responsables solidarias de la multa, lo que hace su responsabilidad absolutamente vicaria de la del administrador: art. 31.2º CP, en supuesto, desaparecido ya del Código Penal, de responsabilidad totalmente dependiente.

En el desarrollo del motivo se incide más en cuestiones de prueba que en la materia sustantiva. La primera perspectiva no es compatible con la naturaleza de este motivo, amén de que ya ha sido tratada en el motivo anterior (art. 884.3º). Sobre la concurrencia del elemento subjetivo se razonó también en el anterior fundamento.

Se argumenta que la actividad de transporte es accesoria de la de emisión de los gases. Sería secundaria y por tanto inapta para ser catalogada como coautoría. No es así: puede encajar bien en la cooperación necesaria, aunque sin duda estamos en un nivel inferior al de la autoría directa lo que pese a la equiparación del art. 28 CP también arrastra alguna consecuencia penal (art. 65.3 CP).

El objetivo del motivo decaería o perdería buena parte de su fuerza o relevancia a la vista de la degradación penológica que con la base del art. 65.3 CP ha efectuado el Tribunal. Degradación del art. 65.3 y complicidad son dudosamente acumulables según un importante sector doctrinal (STS 277/2015, de 3 de junio). La dicción del art. 65.3 CP parece clara: alcanza solo a cooperador necesario e inductor. Aunque es verdad

que no ha sido excluida la doble posibilidad de degradación por la jurisprudencia. Alguna sentencia admite ese maridaje (art. 63 más art. 65.3). En concreto la STS 841/2013, de 18 de noviembre, con cita de la Circular 2/2004 de 22 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, declara sobre este particular: *“Es cierto que explícitamente el art. 65.3 no hace mención a los cómplices, lo que no excluye que se pueda participar en el hecho en tal concepto, sin reunir las condiciones o cualidades personales del sujeto activo. Y siendo así, la aplicación del art. 63 CP obliga necesariamente a bajar un grado la pena por su condición de cómplice, pero ningún efecto beneficioso se produce por el hecho de no ostentar las condiciones del sujeto activo, por lo que el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad obligan a no dejar de aplicar una norma favorable precisamente por no ostentar una condición. Cosa distinta sería que se argumentase de otro modo para no ejercer la rebaja facultativa del 65.3 CP”*.

Pero, aún no descartando tajantemente esa posibilidad, no es la cooperación persistente y dilatada en el tiempo de este recurrente concretada en un transporte concertado y profesionalizado, degradable a mera complicidad. Es cooperación necesaria.

El motivo es desestimable.

B) Recurso de Jesus Bruno.

TERCERO.— Se denuncia a través del art. 852 LE-Crim el olvido de las exigencias del derecho a la **presunción de inocencia** (art. 24.2 CE). La denuncia se despliega en tres vertientes: no habría prueba suficiente,

a) ni de que la liberación de gases se llevase a cabo precisamente en la fase que controlaba el recurrente.

b) ni de la cantidad total liberada y su potencialidad dañina para la salud de las personas.

c) ni del conocimiento por parte del recurrente de las emisiones y el riesgo anudado a ellas.

Tiene razón el recurso cuando argumenta que la caracterización del delito del art. 325 como delito de peligro hipotético no relaja las exigencias probatorias. Ciertamente: ha de quedar **acreditada** la idoneidad de las emisiones para afectar

a la salud de las personas, aunque no un efectivo y concreto daño. Pero aquella está efectivamente probada mediante los extensos y solventes informes periciales realizados.

Son imaginativos y hábiles y astutos los ejemplos con que se contrargumenta; pero no son asumibles:

a) Por supuesto que la liberación por un particular de los gases de un solo frigorífico no encaja en el delito del art. 325 CP. ¡Claro que hay escalas de gravedad! Pero en los daños acumulativos que afectan al medio ambiente el hecho de que determinadas contribuciones por su nimiedad no colmen las exigencias típicas no excluye que otras similares persistentes y de mayor volumen sí puedan cubrirlas. Verter en una ocasión aguas domésticas con detergentes nocivos en un cauce fluvial no conforma un delito contra el medio ambiente. Pero unos vertidos industriales masivos o persistentes en el tiempo de esas mismas aguas contaminantes sí serán incardinables en el art. 325 CP.

b) Por iguales razones el hecho de que estén autorizados y avalados legalmente determinados cupos de liberación de esos gases con efecto *invertadero* y que la política global se encamine hacia una reducción progresiva compatible con una relativa tolerancia en relación con algunas actividades, no es decisivo. La tolerancia hasta diciembre de 2019 no significa que hasta esa fecha está descartada la posibilidad de considerar delictivas esas emisiones. Esto es obvio. Es un problema de sacrificio de intereses ponderados por el legislador. Es el legislador y en su caso otros poderes públicos quienes están llamados a determinar qué es lo admisible y en qué condiciones. Fuera de esos espacios marcados normativamente, se entra en la ilicitud, en su caso penal. Es una cuestión de riesgos permitidos. El agujero de ozono y sus efectos de calentamiento global ciertamente solo se explican partiendo de una pluralidad indeterminada de emisiones. Muchas se mueven en espacios de riesgo permitido. Pero donde la norma protectora del medio ambiente levanta barreras cesa la permisión y se abren las puertas a la intervención sancionadora, también penal eventualmente. El poder legítimo

tolera algunas actividades de peligro (uso de vehículos particulares, industria que no sobrepasa ciertos niveles contaminantes) pero prohíbe otros riesgos. Aquéllos no justifican estos. Las decisiones sobre prohibiciones y permisión de riesgos legítimamente adoptadas no enturbian la aplicación del derecho penal. En esa contaminación por acumulación la tolerancia reglada de algunas actividades no legitima las prohibidas.

c) Se cuestiona el valor de los atestados. Hay que estar, en verdad, a lo establecido en el art. 297 LECrim. Pero de tal precepto se deduce precisamente la posibilidad de valoración de las testificales de los agentes que levantaron tales atestados en lo que respecta a hechos de conocimiento propio.

d) Las pruebas periciales tienen la naturaleza que les asigna el recurso: informan de valores estadísticos. Eso no desvirtúa su valor pericial ni su calidad informativa. Con porcentajes de probabilidad se opera habitualmente a nivel de conocimiento científico y también social y judicial. El uso de patrones estadísticos es compatible con la metodología científica y con la labor jurisdiccional. A través de ellos se pueden alcanzar certezas y también certezas más allá de toda duda razonable. La afirmación de que esa técnica casa mal con la presunción de inocencia no es acogible; mucho menos cuando lo que se trata de acreditar es un peligro hipotético. El riesgo es precisamente eso: una probabilidad —no seguridad— de que acaezca la consecuencia dañina. Lo explica la STS 549/2003, de 19 de abril: “Existe además un peligro grave en el presente supuesto. El Tribunal “a quo”, sin embargo excluye ese peligro porque, según manifiesta, “el dictamen pericial habló de la eliminación de la vida animal y vegetal del río, lo que hizo en términos puramente hipotéticos manifestando desconocer el estado del río en el año 1992 y haber realizado una valoración de riesgos potenciales en base al resultado de los análisis de los vertidos”.

Sin embargo, cuando el tribunal de instancia manifiesta que la peritación se hizo en términos hipotéticos y basada en una valoración de riesgos potenciales, rechazando por ello que exista peligro, está entrando en una contradicción ya

que el peligro implica “per se” una hipótesis o planteamiento potencial ya que un peligro supone la posibilidad de que ocurra algo malo. No cabe hablar pues de que la peritación se desarrolló en el plano de las posibilidades cuando el peligro no es otra cosa que una posibilidad.

Asimismo, se puso de relieve que ese planteamiento hipotético expresado en la prueba pericial se vió agravado debido a que era necesario conocer el caudal y duración de los vertidos y no se conocía, y que, además, la perito Dra. Sacramento Ruth manifestó desconocer el estado del río en el año 1992 y haber realizado una valoración de los riesgos potenciales en base al resultado de los análisis de los vertidos.

Esta argumentación carece de fundamento. No se puede hacer depender el peligro de un aspecto coyuntural como es el caudal. El caudal depende de los factores climatológicos, del nivel de aprovechamiento y consumo mayor o menor del preciado líquido. Pero además, el estado del río al que se vierte a través de la alcantarilla resulta intrascendente como ya puso de relieve la sentencia de 22 marzo 1999 del Tribunal Constitucional relativa al conocido como “río muerto”, al señalar que por muy deplorable que sea el estado del río al que se efectúa el líquido del vertido contaminante, un vertido contaminante siempre lo es y de efectuarse el vertido de acuerdo al contenido literal del artículo 325 del Código Penal —anteriormente 347 bis—, el delito se habrá realizado”.

En igual sentido, STS 916/2008, de 30 de diciembre: “...Parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto-contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo.

En todo caso, estos criterios necesitan de una prueba pericial que lo exponga, al menos que

el Juez sea asesorado pericialmente por expertos que expongan los criterios anteriormente relacionados y sobre los que se establezca la necesaria contradicción evitando que las percepciones del Juez se conviertan en presupuesto inseguro en la aplicación del tipo penal.

En cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico”.

El argumento de que esos patrones presuponen la posibilidad de excepciones (no es absoluta la regla estadística) por lo que implican una presunción de culpa es habilidoso pero no compartible. Son correctas las estimaciones de la sentencia (sobre la liberación de gases, el volumen estimativo del liberado, el peligro anudado a ello y el número de frigoríficos).

e) Sobre el valor de las declaraciones de un coimputado ya nos hemos extendido al hilo del recurso anterior en consideraciones que son plenamente reproducibles en relación a este recurrente que plantea cuestiones similares con eruditas referencias de algún clásico y conocido tratadista.

f) Que algunos concretos elementos no esenciales entresacados de una testifical aparezcan contradichos por otros datos no descalifica íntegramente la testifical como parece sugerir el recurrente. En casación no podemos cuestionar el crédito otorgado por el Tribunal a determinadas manifestaciones de testigos si la valoración efectuada está razonada y es convincente. Explica a este respecto la STC 133/2014, en consideraciones que, aún vertidas en sede de amparo constitucional, son *mutatis mutandi* trasladables a un recurso de casación, que la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia evaluable en el proceso de

amparo, entre otras razones, porque el proceso constitucional no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas, sino que “verificado que ha existido prueba que pueda estimarse racionalmente de cargo, no nos compete revisar la valoración de que tal prueba haya realizado el juzgador en conciencia, de acuerdo con el art. 741 LECrim”.

El motivo decaea.

CUARTO.— Por idéntica vía casacional (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en relación con el art. 24 CE) se argumenta en el segundo motivo que la presente causa penal constituiría el fruto de una investigación prospectiva prohibida constitucionalmente y atentatoria del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de legalidad.

El procedimiento se habría iniciado con el ropaje de una investigación general en virtud de una denuncia anónima que dio lugar a unas genéricas diligencias de investigación del Fiscal. No se desencadenaron ante un hecho concreto imputado a personas definidas, sino ante sospechas vagas e indiscriminadas.

Ciertamente la investigación fue activada por el Fiscal de una forma relativamente genérica, ante datos muy sugestivos de que se estaban produciendo emisiones prohibidas eventualmente delictivas de forma relativamente generalizada. Que la noticia inicial partiese de un escrito no firmado no arrastra la invalidez de las investigaciones puestas en marcha al comprobarse el fundamento del contenido del escrito anónimo (vid. STS 318/2013, de 11 de abril que recuerda en su valioso informe el Ministerio Fiscal). Esas constataciones ni descalifican una investigación del Fiscal ni la convierten en una *inquisitio generalis*, como no la constituyen las actividades de inspección o de control (v.gr., en aeropuertos), o de visitas o supervisión de centros de toda naturaleza sometidos al control administrativo o de otro tipo de actuaciones inspectoras. Esa genérica denuncia anónima no podría servir para abrir una causa judicial penal que ha de ser la consecuencia de unos indicios delictivos concretos. No es lo

mismo, empero, una actividad extraprocesal del Fiscal cuyas facultades para dirigir a las fuerzas y cuerpos de seguridad no puede discutirse. No es asimilable a estos efectos un procedimiento judicial a unas diligencias de la Fiscalía.

Menos aún en relación a actividades inspectoras del Seprona, que cuenta con claro respaldo legal (vid art. 12.1. B e) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo). Si de las actuaciones inspectoras (en este campo o en cualquier otro —tributario, residencial, hospitalario, urbanístico...—) se derivan indicios de actividad delictiva entonces deberá abrirse la investigación ya estrictamente penal sin que ese origen la convierta en inviable. Se citan por los recurrentes (éste y otros posteriores que presentan motivos de contenido muy similar, si no clónicos) las SSTC 184/2003 de 23 de octubre o 261/2005 de 24 de octubre que rechazan una investigación prospectiva. Esas referencias jurisprudenciales contemplan supuestos totalmente ajenos al que se analiza: se refieren a intervenciones telefónicas referidas sobre personas concretas, respecto de las que no concurría fundamento suficiente para acordar tal ingerencia.

Resulta pertinente evocar las SSTC 32/1994, de 31 de enero, 63/1996, de 16 de abril, 41/1998, de 24 de febrero, 87/2001, de 2 de abril ó 126/2001, de 4 de junio. La STS 228/2013, de 22 de marzo es la última en que ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala *in extenso* sobre qué implica y qué no implica la prohibición de una *inquisitio generalis*, es decir, una *pesquisa* general. Dice tal sentencia: “Se sostiene en el motivo que al regular el inicio del procedimiento penal la LE-Crim, describe como únicas vías la interposición de la querrela, la interposición de denuncia, (o en su caso, cualquier forma alternativa de notitia criminis recibida por parte de un juzgado instructor), o la remisión al mismo de un atestado policial, pero la **preceptiva delimitación concreta de los hechos sometidos a investigación judicial constituye un elemento comúnmente exigido en todas y cada una de estas tres formas de iniciarse el proceso penal.**

En el concreto asunto de referencia nada de esto tuvo lugar pues el procedimiento tuvo su origen

en la denuncia que se presentó ante el Ministerio Fiscal por parte de determinadas personas provenientes de la Hacienda Foral de Guipúzcoa en la que expresamente se denunciaba que habían comparecido dos contribuyentes, el Sr. Valeriano Octavio y el Sr. Cayetano Rogelio para denunciar o para manifestar que se les estaba teniendo una deuda que ya liquidaron en su día, pero examinando el contenido de las diligencias de investigación incoadas por Fiscalía primero y por el Juzgado Instructor después, no se investigaron esos dos hechos reprochados sino que lo que se hizo fue **revisar todo el histórico de expedientes en los que llevaba interviniendo durante toda su vida profesional el Sr. Jose Julio y analizar si en alguno de ellos podía localizarse supuestas irregularidades cometidas en el ejercicio de su labor profesional.**

A continuación detalla las actuaciones desarrolladas en el procedimiento: en el año 2003 se recogen por parte de la Hacienda dos comunicaciones por parte de dos contribuyentes que refieran haber realizado supuestos pagos al recurrente en la oficina tributaria de Irún (folios 92 y 95). En fecha 12.9.2006, se dicta Decreto de Fiscalía incoando diligencias informativas para investigar esos dos expedientes (folio 23). En fecha 30.4.2007, es cuando se realiza denuncia por el Ministerio Fiscal refiriendo la existencia de irregularidades con relación a 24 —que no 2— contribuyentes.

Finalmente Don. Jose Julio fue acusado y posteriormente condenado por supuestas irregularidades cometidas en 32 expedientes tributarios. Para concluir, que todo ello ha supuesto la vulneración de los derechos constitucionales a un proceso con todas las garantías, a conocer los concretos hechos objeto de denuncia o sobre los hechos objeto de querrela y en ningún caso sobre el análisis histórico de la vida profesional de un ciudadano que en este caso actúa como funcionario público, lo que supone una verdadera causa general con los efectos limitativos de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías, derecho de defensa, y de contradicción de las partes.

El motivo se desestima.

1) *La investigación directa de los hechos con una función que es en parte inquisitiva y en parte acusatoria —dirigida frente a una determinada persona— es la que pueda considerarse integrante de una actividad instructora. Para ello la simple notitia criminis es suficiente para que se ponga en marcha la investigación judicial del delito* (SSTC. 169/90, 32/94). **La finalidad a que ha de tender toda instrucción criminal es la de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos** (art. 299LECrim.)...

...Por tanto, la notitia criminis puede tenerse por un presupuesto o procedibilidad del proceso penal, en la medida en que éste condiciona su inicio a la existencia de un hecho o conjunto de hechos concretos y de fisonomía delictiva, bien entendido que debe tenerse en cuenta que el uso de los poderes inquisitivos que la LECrim, coloca en manos del Instructor puede abocar al descubrimiento de hechos distintos de aquellos que dieron lugar a la incoación del proceso y/o a la implicación de personas distintas de aquellas sobre las que inicialmente recayeron las sospechas. En estos casos aquellos poderes comprenderán también estos otros nuevos hechos, así como las posibles personas implicadas en su comisión. En efecto, la pretensión de que desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable. La ley podría establecerlo así, impidiendo que los Juzgados de Instrucción instruyeran causas que no fueran planteadas mediante querrela; pero lo cierto es que la ley vigente permite incoar diligencias a partir de una mera denuncia, y tanto uno como otro de estos sistemas es compatible con los derechos del art. 24 CE (SSTC 173/1987, 145/1988, 186/1990, 32/1994). Sólo cuando los hechos van siendo esclarecidos, en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto

fáctica como jurídicamente (SSTC 135/1989, y 41/1997).

Interpretado contrario sensu, esto mismo permite sostener que sin notitia criminis no cabe iniciar un proceso penal, a menos que se defienda lo indefendible: la posible existencia de un proceso que no se proyecte sobre hechos aparentemente delictivos, o lo que viene a ser lo mismo, de un proceso sin objeto.

Esta posibilidad comporta —como ya hemos apuntado— además el riesgo evidente de que el proceso se instrumentalice al servicio de una investigación generalizada. En este punto la doctrina matiza que se trata de un riesgo, no de una consecuencia inexorable. Por ello, incoar un proceso faltando notitia criminis no siempre conduce a una causa general, pues tras esa ausencia puede no esconderse el propósito de llevar a cabo una investigación de la que, tal vez, surjan hechos punibles: El matiz, empero, no se da a la inversa, es decir, así como la iniciación del proceso faltando notitia criminis, no aboca necesariamente en una causa general, tras toda causa general late siempre constante la falta de notitia criminis.

El riesgo a que nos referimos es algo que ha sido destacado por el Tribunal Constitucional. Así en la STC. 41/98 de 24.2, se señalaba que: "...acotar el campo de la instrucción, esencial para evitar el riesgo de una investigación generalizada sobre la totalidad de la vida de una persona", y también que el ámbito de la que el ámbito de la investigación judicial no puede alcanzar genéricamente a todas las actividades del impugnado, sino que ha de precisarse "qué concretos actos quedan sujetos a la instrucción judicial". Tampoco le es ajena al Tribunal Constitucional la conexión que existe entre una causa general y los requisitos que deben concurrir en los hechos sobre los que descansa la incoación y subsistencia de un proceso penal, pues a su juicio no hay "inquisitio generalis" allí donde el proceso descansa "en una sospecha inicial seria, basada en unos hechos concretos constitutivos de delito grave, y no en una pretendida búsqueda sin más, de posibles hechos que hubiera podido cometer el acusado" (ver STS. 12.1.2006 y STS. 3.12.2002)".

La sentencia que se viene transcribiendo analiza a continuación el contenido de las diligencias preprocesales del Fiscal que, como aquí, había precedido a la causa judicial:

“El examen del itinerario seguido por la investigación preprocesal del Ministerio Fiscal denota que la misma tenía por objeto la determinación de la posible comisión por parte Don. Jose Julio de plurales hechos de apariencia delictiva cometidos, a lo largo de varios años, en el ejercicio de las funciones públicas que tenía asignadas en la estructura organizativa de la Excm. Diputación Foral de Guipúzcoa en el ámbito de la recaudación de tributos. Consecuentemente, no se trataba de abrir una causa general en la que se investigara todas y cada una de las facetas de la vida personal y profesional Don. Jose Julio (técnica propia de los perfiles jurídicos inquisitivos) sino de analizar aquellas facetas de la gestión profesional Don. Jose Julio que tuvieran relación con la recaudación irregular de determinados tributos, tarea, la de análisis, que tuvo una dimensión objetiva y temporal progresiva a medida que el examen de los expedientes tributarios por él gestionados arrojaban elementos que pudieran denotar graves irregularidades en el modo y manera en la que se ingresaban los recursos públicos de naturaleza tributaria en el patrimonio de la Hacienda Foral.

4) Por tanto, la investigación preliminar del Ministerio Fiscal no tuvo un carácter inquisitivo. La pretensión del recurrente de limitar la investigación, tanto Fiscal como judicial, solo a los delitos inicialmente denunciados no puede ser aceptada, siendo posible investigar su actuación como funcionario en relación a otros expedientes tributarios y de los que resultan nuevos delitos y el destino dado al dinero entregado por los contribuyentes.

Por ello la investigación inicial del Ministerio Fiscal y la posterior instrucción judicial en el marco de una actividad presuntamente delictiva relativa con su actuación como funcionario público en materia de recaudación tributaria no vulneró los derechos constitucionales que se señalan en el motivo”.

Pues bien, tampoco aquí se puede hablar de una reprochable *inquisitio generalis*: ante las evidencias de que era muy posible que se viniesen efectuando emisiones al margen del marco legal (con eventual infracción de normas penales e indudablemente de normas administrativas), bajo la dirección del Fiscal que no podía permanecer pasivo o ajeno a esa información fundada, se definen las actividades industriales en las que podía estar produciéndose esa actuación. Nada reprochable hay en eso; antes bien, al contrario. Hablar de causa general es referirse a un proceso penal incoado como tal para dar cobertura a una investigación ilimitada, para investigar cualquier hecho delictivo no particularizado; o a una persona sin tener noticia de ningún hecho concreto (*fishing expedition*). Las coordenadas en que se inician y progresan estas indagaciones hasta acabar por alumbrar un proceso penal nada tienen que ver con eso.

El rastreo efectuado, documentado en el atestado inicial del SEPRONA, era elemental y básico lo que lo aleja de la diligencia regulada en el parágrafo 98ª de la StPO (*Rasterfahndung* que algún especialista ha traducido como *búsqueda* entrecruzada de rasgos distintivos) que regula un tratamiento masivo de datos afectante a un círculo muy amplio de personas y por tanto eventualmente lesivo del derecho a la auto-determinación informativa y que es evocada por el recurrente. No es del todo afortunado por exagerado el paralelismo que trata de establecerse con la normativa germana. No hay afectación de derecho fundamental alguno en esas indagaciones realizadas en las diligencias de Fiscalía. Media un abismo entre esta diligencia (atípica en nuestro ordenamiento procesal en el sentido de que carece de regulación aunque sea admisible) y el registro, por ejemplo, de las personas que han entrado determinado día en un establecimiento donde se ha producido un robo; o la relación de empresas dedicadas a una muy específica actividad industrial, en cuyo desarrollo han surgido sospechas delictivas. Esa identificación va seguida de indagaciones que todavía se sitúan en un legítimo ámbito no estrictamente penal: inspecciones documentadas que se dirijan a

comprobar si esas empresas trataban residuos electrónicos o eléctricos para lo que no estarían autorizadas, tal y como podía sospecharse después de las verificaciones de que se da cuenta en esos atestados. Resulta no solo desmesurado sino inexacto tildar esta causa de *inquisitio generalis* solo por ser compleja y haber venido precedida de una cuidada y exquisita labor de averiguación a cargo de una policía especializada bajo la dirección/ supervisión de la Fiscalía.

La desestimación de este motivo arrastra la del noveno.

QUINTO.— El art. 849.1º LECrim constituye el anclaje legal del tercero de los motivos de casación de este segundo recurso. La mención de los arts. 25

CE y 852 LECrim resulta grandilocuente e hiperbólica pues mezcla el plano de la legalidad ordinaria con la constitucional. No toda infracción de ley del art. 849.1º LECrim es a la vez vulneración constitucional del art. 25.1 CE. Solo las condenas al margen de cualquier interpretación razonable violan el art. 25.1 CE. En todo caso esta observación no tiene mayor alcance concreto.

Se dice que falta una pieza de la tipicidad: el elemento normativo, es decir, la infracción de una norma protectora del medio ambiente. La norma en la que se apoya la Audiencia (Ley de residuos 10/1998) sería inapta para ello pues estarían excluidas de su radio de acción las emisiones a la atmósfera. El reglamento de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos se dicta en desarrollo de la citada ley y por tanto tampoco puede afectar a las emisiones a la atmósfera.

El recurrente remata su discurso con una correcta, extensa y atinada exposición de la capacidad que puede albergar la normativa supranacional para integrar ese elemento normativo y sus límites y condiciones.

El preámbulo de la Ley 22/2011 confirmaría su interpretación. Vendría a demostrar que solo a partir de ella se ha verificado la trasposición al derecho interno de la norma europea. Su disposición adicional décima al establecer unas fórmulas de reducción, que no de supresión o prohibición, de esas emisiones privaría de coherencia a una condena basada en esa actividad que hoy

por hoy es tolerada aunque sometida a un régimen de progresiva disminución.

Es meritorio el discurso del recurrente sobre el valor de las directivas, decisiones marcos y otras herramientas de derecho de la Unión y su capacidad de integrar normas penales en blanco en condiciones estrictas. Pero aquí es irrelevante: hay una norma interna protectora del medio ambiente que ha sido vulnerada. Está inequívocamente identificada en la sentencia: el Real Decreto 208/2005, de 25 de febrero *sobre aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos* de desarrollo de la Ley de Residuos 10/1998, de 21 de abril, que traspone al derecho nacional el contenido de las Directivas 2002/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27/01/03 sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos, y 2002/96/CE modificada por el Art. 9 de la Directiva 2003/108/CE. El Artículo 5 del citado Real Decreto bajo el acápite *‘Tratamiento de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos’* sienta una clara obligación: *“los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos que contengan materiales o elementos peligrosos serán descontaminados”*. A continuación apostilla que la *“descontaminación incluirá como mínimo, la retirada selectiva de los fluidos, componentes, materiales, sustancias y preparados, de conformidad con lo establecido en el Anexo III”*. En tal Anexo se incluyen los clorofluorocarbonados (CFC), los hidrofluorocarbonos (HFC) y los hidroclorofluorocarbonos (HCFC).

Entre los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) figuran los frigoríficos y otros aparatos enfriadores pues, como señala la Audiencia, utilizan tanto en sus circuitos como en las espumas que los aíslan, gases compuestos por derivados de cloro, que son las principales sustancias agotadoras del ozono (Reglamento CE 2037/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 sobre las sustancias que agotan la capa de ozono (SAO), y Reglamento CE 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo texto refundido de 16 de septiembre de 2009); todo ello junto con la existencia de otros gases fluorados, que inciden

en el “efecto invernadero” contemplados en el Reglamento 842/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006 sobre gases fluorados de efecto invernadero.

Los principales gases refrigerantes usados en el circuito y espumas de frigoríficos son del tipo CFC: R-I 1 “Triclorofluorometano” y R-12 “Diclorofluorometano” y de tipo HFC: R-I 34” “Tetrafluoroetano”.

Si tal norma obliga a la *descontaminación* y se incumple esa prescripción, es obvio que se ha vulnerado una normativa destinada a tutelar el medio ambiente. Es un sofisma o un juego de palabras valerse de la genérica explicación de la exposición de motivos de la ley para pretender que esa norma no está impidiendo, precisamente al obligar a la descontaminación, la conducta contraria, es decir la liberación de los gases de esos aparatos. Indirectamente por supuesto que incide en las emisiones atmosféricas.

Las políticas globales de reducción progresiva de esas emisiones no convierten en conforme a derecho la conducta. Reducir exige prohibir tajantemente algunas emisiones y tolerar simultáneamente otras que podrían paulatinamente ir disminuyéndose. Las prohibiciones no pierden de manera absurda su fuerza por eso. Hay conductas semejantes —también dañinas— pero toleradas por el ordenamiento por exigencias sociales. Esas no son delictivas, pero no porque no causen daño al medio ambiente (lesividad) sino porque cuentan con respaldo administrativo y legal en virtud de decisiones políticas y normativas que valoran pros y contras. Cuando no se cuenta con esa autorización, el tipo penal despliega toda su eficacia.

El motivo decae.

SEXTO.— Tampoco el siguiente motivo, con idéntico formato casacional —aplicación indebida del art. 325 CP al amparo del art. 849.1° LECrim— puede prosperar. Se niega que exista **grave perjuicio para la salud de las personas**.

Debe aclararse antes que nada que no es necesario un *deterioro irreversible* para colmar las exigencias del tipo básico. Ese resultado solo es elemento de uno de los subtipos agravados del art. 326 CP. El recurrente mezcla en su argumen-

tación ambos planos (SSTS 722/2009, de 1 de julio de 2009 ó 96/2002, de 30 de enero).

La hipotética recuperación de la capa de ozono permitiría, en su caso, (es inútil a los efectos de resolución de este asunto indagar sobre eso) excluir el subtipo agravado, pero no el básico que es el aquí apreciado y que no requiere irreversibilidad.

El argumento basado en el ilícito por efectos acumulativos no es de recibo. Por esa vía el delito contra el medio ambiente perdería casi totalmente su operatividad: cuantos más infractores surgiesen paradójicamente menos responsabilidades serían exigibles. La persistencia en la actividad según razona bien la sentencia de instancia (fundamento de derecho primero, apartado 2.b) justifica la “gravedad” correctamente apreciada. Nada puede añadirse a la clara y persuasiva argumentación de la Audiencia que se hace eco de las contundentes conclusiones del informe pericial después de un magnífico estudio y explicación de la naturaleza del delito medio ambiental como delito de peligro hipotético.

La STS 96/2002, de 30 de enero es uno de los variados referentes jurisprudenciales sobre este concreto punto: *“La exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (S. 105/99, 27 de enero). La valoración que hace el Tribunal a quo de las pruebas practicadas es inmune, como tantas veces ha declarado esta Sala, a su revisión en sede casacional en lo que dependa de la inmediatez, pero es revisable en su racional apreciación, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido del caucecasacional utilizado.*

Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP —y antes el 347 bis— habrá que acudir, como dijo la citada sentencia 105/99, de 27 de enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del

ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro.

Los hechos son subsumibles en el art. 325 del CP como postula el Ministerio Fiscal al estimar que el peligro creado en el caso enjuiciado fue grave por todas las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes y por el contenido material de todos los bidones y no sólo por el tóxico derramado de alguno de ellos. Su argumento esencial es asumido por esta Sala. Se funda en las siguientes razones: 1º) En la intencionada realización por parte de los acusados de un depósito y vertido de los 25 bidones repletos de sustancias altamente tóxicas e inflamables. 2º) Esa acción anterior se materializa en un lugar no autorizado, vulnerando la normativa administrativa más elemental de protección del medio ambiente que prohíbe tajantemente el abandono incontrolado de aquellos residuos tóxicos y peligrosos, y 3º) Se produce el evidente resultado, negado por la sentencia, de que dicho depósito de bidones **pudo perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales**. Dicho riesgo, como ya se ha argumentado, fue real, concreto y relevante. No nos encontramos ante el tipo de gravedad máxima previsto en el apartado e) del artículo 326 del Código penal que contempla el tipo agravado para aquellos actos contaminantes que hayan producido un "riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

El motivo carece de aptitud para triunfar.

SÉPTIMO.— A través del art. 849.1º LECrim se discute la aplicación del subtipo agravado apreciado. Se hace eco el recurrente de una jurisprudencia de esta Sala que repasaremos detenidamente.

Dos tesis sobre lo que deba entenderse por **actividad clandestina** vienen contraponiéndose: la concepción jurídico formal y la material. Aquella, ha de prevalecer pero bien entendida, sin llegar a exageraciones o exacerbaciones que nublen el fundamento de la agravación que radica en la dificultad de control de actividades cuya existencia no consta a la Administración.

Una panorámica sobre los pronunciamientos que sobre ese particular ha ido produciendo esta Sala

permite atisbar que no es este campo apto para la rigidez o un mecánico automatismo, impermeable a matizaciones. Ni la constatación del amparo de la actividad por una simple autorización del tipo que sea evita por sí sola la clandestinidad; ni —en el reverso— la vulneración de los términos de la autorización administrativa conduce inexorablemente al subtipo agravado. La STS 2187/2001 de 21 de diciembre enseña sobre este particular: "*Estímase en el motivo que los mencionados acusados, están incurso en esa figura penal (art. 326 CP) porque la balsa de almacenaje de excrementos animales carecía de cualquier autorización o permiso administrativo y la empresa del acusado Ernesto Leovigildo., aunque autorizada, no lo estaba para depositar purines en balsas que, como en este caso, carecían de autorización.*

Sin embargo no es la realización de actos concretos ilegales, que ya aparece penada en el artículo 325 del Código Penal, determinante de la inclusión de la conducta en la figura agravada del apartado a) del artículo 326 del Código penal, sino que es preciso que la industria o actividad de la empresa que las realice funcione clandestinamente.

En la STS 96/2002, de 30 de enero leemos:

"*Tampoco concurre el subtipo agravado del art. 326, apartado a) pues la actividad desarrollada en el taller de donde procedían los bidones no era clandestina. Lo clandestino, con relevancia penal, fue el vertido de los bidones en el lugar en que lo fue, que es lo que constituye el tipo básico*".

La STS 549 / 2003, de 14 de abril vierte estas consideraciones:

"*El artículo 326 a) del Código Penal de 1995 y 347 bis 2º del Código Penal 1973, dispone que se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra la circunstancia de que **la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.***

Sin embargo tal criterio no puede ser compartido, pues implica una interpretación extensiva “contra reo” del subtipo agravado, escasamente respetuosa con el principio de legalidad. En efecto, lo que exige la Ley para la aplicación del subtipo es que la industria o actividad funcione clandestinamente, equiparando clandestinamente al hecho de no haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, pero no exige adicionalmente la expresa autorización para la realización de unos concretos vertidos.

La interpretación de la norma se aparta del sentido gramatical de las palabras utilizadas por el Legislador, por lo que no respeta la taxatividad de los preceptos penales establecida en el art 4º 1º del Código Penal de 1.995, que dispone que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

Ha de apreciarse que interpretar funcionamiento clandestino en el sentido de falta de licencia de actividad o instalación, ya implica una cierta ampliación del subtipo, pues una interpretación material permitiría estimar que existen industrias o actividades carentes de licencia que no son clandestinas sino sobradamente conocidas por la Administración. Pero, en este supuesto, es el propio Legislador el que de modo auténtico, dota de contenido al término, explicando expresamente que se considerará que funciona clandestinamente toda industria o actividad que no haya obtenido la preceptiva autorización o aprobación de sus instalaciones.

Partiendo de esta interpretación auténtica, llevar el subtipo hasta el supuesto de reputar que funciona clandestinamente una industria o actividad que actúa en el tráfico ordinario y que mantiene relaciones fluidas con la administración, como sucede en el caso actual, por el hecho de carecer de una licencia específica de vertidos, es llevar la interpretación de la expresión “funcionamiento clandestino” más allá del sentido natural de las palabras y más allá del contenido propio del tipo.

La doctrina más moderna de esta Sala ha acogido ya un criterio restrictivo del subtipo agravado. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2002 se interpreta la agravante de clandestinidad de manera formal en el sentido de que la ausencia de licencia administrativa da lugar a la aplicación de la agravante —sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1992, 26 de septiembre de 1994 y 27 de enero de 1999— pero aclarando que únicamente procede la aplicación del subtipo en “los supuestos de falta de licencia para la explotación en sí misma y no de la actividad que constituye el vertido contaminante”.

Así en las sentencias de 29 de septiembre de 2001, 30 de enero de 2002 y en la de 19 de enero de 2002, se desestima la pretensión del Ministerio Público que interesaba en el recurso la apreciación de esta agravante, rechazando el criterio de que la ilegalidad de un vertido indebidamente autorizado por la Administración equivalga a la clandestinidad del funcionamiento de la industria, pues ello supondría “aplicar un precepto penal a un caso distinto del expresamente comprendido en él. Si la Administración autorizó temporalmente a la empresa para verter por encima de los niveles máximos de contaminación legalmente permitidos, podrá decirse que los responsables de la empresa continuaron actuando ilegalmente, al solo aparente amparo de una autorización que carecía de respaldo en las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, pero no que actuaron clandestinamente”.

Doctrina que se mantiene en la muy reciente sentencia de 1 de abril de 2003 que analiza extensamente todas las resoluciones dictadas sobre tal cuestión”.

La STS 916/2008, de 30 de diciembre, precisará: “El art. 326 a) CP, considera un elemento que agrava el delito del art. 325 el que la industria o actividad funciones clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. La jurisprudencia mayoritaria de esta Sala (STS. 1500/2004 de 16.12, 70/2005 de 26.1, 875/2006 de 6.9), ha entendido que

el precepto contiene una interpretación auténtica de la exigencia típica, de manera que por clandestino habrá que entender no ya el funcionamiento oculto para la Administración, lo cual sería correcto en sentido material, sino el funcionamiento sin la autorización o aprobación administrativa de las instalaciones de la industria o actividad.

Así, la STS nº 693/2003, de 17 de mayo, recuerda que “abundante jurisprudencia de esta Sala (véanse SS nº 687 de 5 de mayo de 1999, nº 1914 de 12 de diciembre de 2000, nº 1583 de 17 de septiembre de 2001, nº 7 de 19 de enero de 2002 y 2031 de 4 de diciembre de 2002), tiene reiteradamente dicho que la clandestinidad de una industria o actividad, no debe identificarse con el carácter secreto u oculto en el sentido material, sino en el sentido jurídico que el propio precepto desarrolla de modo auténtico.

Concretamente lo serían las empresas carentes de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. Es tanto como desplegar la actividad empresarial e industrial a espaldas de la Administración, cuando se requiere autorización para el desarrollo de la actividad de que se trate”.

Y la STS 388/2003, de 1 de abril, de manera muy extensa:

“...El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley, alega indebida aplicación del subtipo agravado del art 326 a) del Código Penal de 1995, todavez que la empresa Proteínas y Grasas Gimeno SL no funcionaba clandestinamente pues disponía desde el año 1993 de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad.

El motivo debe ser estimado. El artículo 326 a) del Código Penal de 1995 dispone que se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concurra la circunstancia de que **la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva**

autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

En el caso actual consta acreditado, como hemos señalado al resolver

el motivo primero de recurso, que Proteínas y Grasas Gimeno SL disponía desde el año 1993 de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad (calificada conforme al Reglamento de Actividades Molestas Insalubres y Peligrosas) otorgada por el Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat, por lo que no podemos estimar, desde la perspectiva formal, que funcionase clandestinamente sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

Por otra parte consta también acreditado que el 17 de junio de 1996, tres años antes de estos hechos, el Consejero de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña aceptó el Programa de Descontaminación Gradual presentado por esta empresa el 31 de enero del mismo año, estableciendo un plazo hasta el 30 de noviembre de 1.996 para que la calidad de las aguas residuales vertidas al cauce pluvial 59 cumplieran los límites fijados en la tabla tres del anexo al Título IV del Real Decreto 849/1.986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, y autorizando provisionalmente el vertido con unas parámetros determinados, plazo que fue incrementado en dos ocasiones, como se declara probado en el relato fáctico. En consecuencia, **tampoco desde el punto de vista material puede afirmarse que la actividad de vertidos fuese clandestina, pues era conocida y fue autorizada con carácter provisional por la Administración.**

Es cierto que el término concedido para adecuar-se a la normativa general había caducado y sin embargo el recurrente realizó vertidos muy por encima de los límites permitidos. Pero es precisamente esta infracción lo que integra la vulneración de las disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, que constituye el elemento normativo del tipo base, por lo que no puede valorarse nuevamente para integrar el tipo agravado. Lo relevante es que las instalaciones no eran clandestinas, pues la empresa

disponía de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad, y la realización de vertidos era conocida por la Administración, que le había concedido una autorización provisional.

La Sala sentenciadora aplica el subtipo agravado porque la empresa carecía en la fecha de los vertidos contaminantes el 9 de marzo y el 12 de mayo de 1999, de la preceptiva autorización de vertidos que le fue concedida posteriormente el 8 de octubre de 1999. Considera irrelevante que la autorización estuviese en trámite, porque estima que lo determinante es que carecía de ella, y también estima irrelevante que existiesen con anterioridad unos planes de descontaminación, pues ya no se encontraban vigentes cuando se produjo el hecho delictivo.

En definitiva, **estima que concurre clandestinidad, y debe aplicarse el subtipo agravado siempre que la industria o actividad carezca de la preceptiva autorización para los vertidos, aunque disponga de licencia de actividad y la realización de vertidos sea conocida por la Administración.** Esta concepción del subtipo es compartida por el Ministerio Fiscal, en el escrito de impugnación del recurso.

Este criterio no puede ser compartido, pues implica una interpretación extensiva “contra reo” del subtipo agravado, escasamente respetuosa con el principio de legalidad.

En efecto lo que exige la Ley para la aplicación del subtipo es que la industria o actividad funcione clandestinamente, equiparando clandestinamente al hecho de no haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, pero no exige adicionalmente la expresa autorización para la realización de unos concretos vertidos.

La interpretación de la norma aceptada en la sentencia de instancia, se aparta del sentido gramatical de las palabras utilizadas por el Legislador, por lo que no respeta la taxatividad de los preceptos penales establecida en el art 4º 1º del Código Penal de 1.995, que dispone que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos

expresamente en ellas. El tenor literal del apartado a) del artículo 326 exige autorización de las instalaciones, lo que equivale a estar autorizado para la puesta en funcionamiento de la industria o actividad, pero no impone otras licencias adicionales.

Ha de apreciarse que interpretar funcionamiento clandestino en el sentido de falta de licencia de actividad o instalación, ya implica una cierta ampliación del subtipo, pues una interpretación material permitiría estimar que existen industrias o actividades carentes de licencia que no son clandestinas sino sobradamente conocidas por la Administración. Pero, en este supuesto, es el propio Legislador el que de modo auténtico, dota de contenido al término, explicando expresamente que se considerará que funciona clandestinamente toda industria o actividad que no haya obtenido la preceptiva autorización o aprobación de sus instalaciones. **Partiendo de esta interpretación auténtica, llevar el subtipo hasta el supuesto de reputar que funciona clandestinamente una industria o actividad que actúa en el tráfico ordinario disponiendo de la pertinente licencia de apertura de sus instalaciones, y que mantiene relaciones fluidas con la administración, como sucede en el caso actual, por el hecho de carecer de una licencia específica de vertidos, es llevar la interpretación de la expresión “funcionamiento clandestino” más allá del sentido natural de las palabras y más allá del contenido propio del tipo.**

La doctrina más moderna de esta Sala ha acogido ya un criterio restrictivo del subtipo agravado. Así en la STS de 26 de junio de 2002 (núm. 1200/2002) se interpreta la agravante de clandestinidad de manera formal en el sentido de que la ausencia de licencia administrativa da lugar a la aplicación de la agravante (SSTS de 11 de marzo de 1992, 26 de septiembre de 1994 y 27 de enero de 1999), pero aclarando que únicamente procede la aplicación del subtipo en “los supuestos de falta de licencia para la explotación en sí misma y no de la actividad que constituye el vertido contaminante”.

*Este criterio restrictivo se justifica especialmente tras la publicación el Código Penal de 1.995, aplicable en el caso ahora enjuiciado, pues como señala la referida sentencia de 26 de junio de 2002 (núm. 1200/2002), las previsiones legales del Texto punitivo hoy vigente, que exacerban la respuesta penológica en estos casos de subtipo agravado, determinan que **“la apreciación de tal agravación ha de realizarse de manera exigente”**.*

Tras citar las SSTs 1705/2001, de 29 de septiembre, 96/2002, de 30 de enero, 7/2002, de 19 de enero y 2031/2002, prosigue:

“...Es cierto que existen otras resoluciones que mantienen un criterio diferenciado, pero estimamos que debe reafirmarse el expresado en las últimas sentencias que acabamos de referenciar, por las siguientes razones:

1º) Es más respetuoso con el sentido literal del precepto, y en consecuencia con el principio de legalidad.

2º) Es más respetuoso con el principio de proporcionalidad. En efecto el Código Penal de 1995 impone una sustancial elevación punitiva para los subtipos agravados del art 326, pues la pena mínima de seis meses y un día prevenida en el Código Penal anterior para estos casos se ha convertido en un mínimo de cuatro años de prisión, sin posibilidad de suspensión condicional, por lo que la pena legalmente establecida para los supuestos agravados solo será proporcional si la apreciación de la agravación se realiza de manera estricta y rigurosa.

3º) Impide una excesiva expansión del subtipo agravado en detrimentodel básico. Si la licencia exigida para excluir la agravación es la especificade cada modalidad de vertido, puede llegar a identificarse esta carencia de autorización específica con la ilegalidad del vertido, corriéndose el riesgo de vulnerar el principio “non bis in idem” al aplicar el subtipo agravado por la misma infracción administrativa que determina la concurrencia del elemento normativo del tipo básico”.

La STS 693/2003 de 17 de mayo por su parte, expone:

“... En orden al alcance interpretativo de la cualificación, abundante jurisprudencia de esta Sala (veáanse SS. nº 687 de 5 de mayo de 1999, nº 1914 de 12 de diciembre de 2000, nº 1583 de 17 de septiembre de 2001, nº 7 de 19 de enero de 2002 y 2.031 de 4 de diciembre de 2002, entre otras), tiene reiteradamente dicho que la clandestinidad de una industria o actividad, no debe identificarse con el carácter secreto u oculto en el sentido material, sino en el sentido jurídico que el propio precepto desarrolla de modo auténtico. Concretamente lo serían las empresas carentes de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. Es tanto como desplegar la actividad empresarial e industrial a espaldas de la Administración, cuando se requiere autorización para el desarrollo de la actividad de que se trate.

El Mº Fiscal estima incorrectamente excluido en su aplicación la cualificativa, porque la Audiencia consideró que era bastante la instalación de una depuradora biológica (situación que se produjo en 1980) sin necesidad de someter las aguas a tratamiento depurativo. Añadía el Fiscal, en prueba de que no se sometieron las aguas a ningún tratamiento, los altos índices de contaminación de los residuos. Se desconoce por qué razón no funcionaba la depuradora de la empresa en el momento de realizar las tomas de muestras, o si su funcionamiento era deficiente.

Pero, en cualquier caso, la depuradora existía y en el fundamento jurídico 3º la Audiencia reconoce que el Fiscal la daba por existente en su escrito de calificación...

...Aunque hipotéticamente entendiéramos con el Fiscal que debió concurrir la autorización de vertidos por parte de las autoridades hidráulicas y el acusado no la había obtenido, el conocimiento del hecho por parte de la Administración y particularmente por la autoridad local debió determinar, previa la correspondiente inspección, la denegación de la autorización otorgada condicionadamente, o bien comunicar el hecho a la Administración pública de Aguas por infringir los

vertidos los límites autorizados por el Reglamento del Dominio público hidráulico.

5. Item más; a la hora de interpretar los términos de la agravación, en trance de precisar su verdadero alcance y sentido, no debemos perder de vista el rigor que impone el principio de taxatividad penal, en atención al cual no podemos atribuir a la cualificación una interpretación extensiva, incluyendo matices o hipótesis que la norma no contiene (art. 4-1º CP), y más tratándose de un precepto de especial intensidad punitiva, que juega en contra del reo. El art. 326 ap. a), se refiere a la aprobación o autorización de las instalaciones y no a la autorización de los vertidos, y a esos términos gramaticales estrictos debemos estar. Esa es la interpretación más acorde de la cualificación, sustentada por la más reciente doctrina de esta Sala (véase, por todas, las SSTS nº 388 de 1-abril-2003 y nº 549 de 14-abril-2003).

6. Por todo lo expuesto procede desestimar el motivo articulado. La concurrencia de la cualificación no debe confundirse con la plena regularidad administrativa o cumplimiento de todos los requisitos exigidos gubernativamente para el funcionamiento de una industria o actividad. Ello excluiría no sólo la aplicación del subtipo, sino del tipo básico (art. 325 CP), en el que se exige como requisito definitorio del delito la infracción de las normas protectoras del medio ambiente”.

La STS 2031/2002, de 4 de diciembre se movía por derroteros similares:

El tribunal de instancia aplica la agravación al declarar probado que la industria carecía de las licencias municipales de actividades industriales y no se hallaba inscrita en el Registro de actividades industriales. Estos requisitos son considerados suficientes para integrar la agravación específica del art. 326 a) del Código penal, (SSTS 1200/2002, de 26 de junio y 1583/2001, de 17 de septiembre). Ahora bien, en el presente supuesto, constatamos que la inexistencia de tales licencias no permite la agravación pues documentalmente consta acreditado que la actividad industrial a la que se dedicaba la em-

presa había presentado un planteamiento de descontaminación gradual y el mismo había sido aprobado por el departamento correspondiente de la Generalitat de Catalunya, lo que supone el conocimiento público de la actividad industrial, e incluso, de la actividad contaminante, extremos no compatibles con la clandestinidad que agrava la conducta”.

Y la STS 1500/2004, de 16 de diciembre:

“El artículo 326.a) del Código Penal considera un elemento que agrava el delito del artículo anterior el que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. La jurisprudencia mayoritaria de esta Sala ha entendido que el precepto contiene una interpretación auténtica de la exigencia típica, de manera que por clandestino habrá que entender no ya el funcionamiento oculto para la Administración, lo cual sería correcto en sentido material, sino el funcionamiento sin la autorización o aprobación administrativa de las instalaciones de la industria o actividad.

...“La autorización o aprobación se manifiesta normalmente a través de la concesión de la oportuna licencia administrativa que ampare el funcionamiento de las instalaciones de la actividad o industria de que se trate, lo que supone que la Administración conoce su existencia y las características de su funcionamiento y ha podido ejercer un primer control sobre las mismas. El reglamento de actividades clasificadas, de 30 de noviembre de 1961, prevé una actividad administrativa de control previa a la decisión de la Administración que se inicia en la necesidad de que el solicitante aporte, en expresión del Decreto 3494/1964, de 5 de noviembre, que modifica la anterior redacción del artículo 29, “Proyecto técnico y Memoria descriptiva en que se detallen las características de la actividad, suposible repercusión sobre la sanidad ambiental y los sistemas correctores que continúan con las previsiones del artículo 30 concretadas en la posibilidad de denegar la licencia por razones de competencia municipal o en someterla a información pública y posteriormente al dictamen de las autoridades competentes

en materia de sanidad y a los técnicos municipales y comisiones provinciales correspondientes. Y que finalizan con la decisión correspondiente acerca de la concesión o denegación de la licencia solicitada.

Ahora bien, esta interpretación del artículo 326.a) del Código Penal no puede convertir las exigencias del tipo en algo puramente formal, pues ello sería contrario a las razones de la agravación, que se basan en la existencia de un mayor peligro para el medio ambiente al suprimir o dificultar seriamente las posibilidades de control de la Administración sobre la actividad, lo que es coherente con las graves consecuencias penológicas anudadas a la agravación.

...Estas circunstancias no solo reflejan una voluntad de los acusados orientada a someterse a la regulación vigente en la materia a través de su disposición explícita a los controles de la Administración, sino que, además, demuestra que la Administración, a pesar de la inicial pasividad municipal, conocía la existencia de la actividad y disponía de medios suficientes para controlar su funcionamiento, incluso con la colaboración activa de los administrados, lo cual impide calificarlo como clandestino”.

La más cercana en el tiempo STS 1112/2009, de 16 de noviembre, invocada por el Tribunal a quo, contiene un discurso que parecería menos estricto, pero en rigor tampoco rompe con esa línea jurisprudencial que se deduce de los abundantes precedentes recopilados:

“Lo alegado es infracción de ley, de las del art. 849,1º LECrim, en concreto, del art. 326 a) Cpenal. El argumento es que la actividad del recurrente en el local de referencia no puede ser considerada clandestina a los efectos de este último precepto, ya que aquél estaba habilitado por la administración municipal para el desarrollo de una actividad de carácter terciario.

Tanto según el Diccionario de la Real Academia Española como en su acepción usual, el término clandestino denota algo que es o está oculto, en el sentido de realizado de espaldas a la ley o a la autoridad, que es lo sucedido en este caso, con la concreta actividad de discoteca, la efecti-

vamente ejercida en el local del que recurre. Pero es que, además, el propio legislador, al concebir el precepto del art. 326 a) Cpenal, ha querido ofrecer una interpretación auténtica de aquel concepto, aclarando que, en el contexto normativo de referencia, clandestino es lo que se realiza sin haber obtenido la autorización o la aprobación administrativa requerida para la regular utilización de las instalaciones de que se trate.

De este modo, no cabe duda, la actividad desarrollada por el recurrente está bien considerada clandestina, porque discurría bajo la apariencia de otra diversa de aquella para la que se había obtenido permiso, terciaria, sí, pero cualitativamente distinta, y, por eso, oculta bajo esa otra constitutiva de una simple apariencia, que es lo que la hizo “clandestina” a efectos legales.

Esta lectura de la norma cuya aplicación se cuestiona es la que resulta de sentencias de esta sala como las de nº 875/2006, de 6 de septiembre y 70/2005, de 26 de enero, que ponen buen cuidado en subrayar que el sentido legal de clandestinidad es el de carencia de la autorización o la licencia exigidas para desarrollar una actividad, precisamente, con objeto de preservar el medio ambiente”.

Aquí es obvio —en eso consiste precisamente el delito— que los recurrentes (salvo Severiano Heracio) rebasaron los límites y el ámbito de las autorizaciones que amparaban su actividad al tratar algunos residuos —los peligrosos— para los que no estaban habilitados. Pero no puede hablarse de clandestinidad en el sentido analizado. El hecho de que en las primeras investigaciones fuesen identificadas con facilidad esas empresas como dedicadas al tratamiento de residuos de esa naturaleza es buena muestra de que es forzar las cosas hablar de clandestinidad en la dirección apuntada.

La clandestinidad significa a estos efectos situarse en condiciones de sustraerse al control administrativo. La ausencia de una aprobación administrativa se traduce en opacidad o blindaje frente al adecuado control sobre la empresa. Desde esa significación no estamos aquí ante actividades clandestinas: las empresas contaban con autorizaciones administrativas para una ac-

tividad industrial con la que era naturalmente compatible el tratamiento —bien que ilegal— de los residuos electrónicos en cuyo manejo se produjeron las actividades contaminantes.

El motivo ha de estimarse con efectos extensivos en cuanto a los condenados que no han recurrido o no han reclamado sobre este punto (art. 903 LECrim).

OCTAVO.— No es de apreciar la atenuante de **dilaciones indebidas** que reclamaba la defensa en petición ahora reproducida (motivo sexto).

La causa se incoó en agosto de 2011. Las declaraciones ante el Juzgado y consiguiente adquisición del *status* de imputados no se producirían hasta la primera mitad del año. El enjuiciamiento abarcó diversas sesiones que finalizaron el 29 de mayo de 2014. La sentencia está fechada el 16 de junio de 2014. Una duración que no alcanza los 3 años no es retraso *extraordinario* en el sentido exigido por el art. 21.6 CP, atendiendo a los estándares que maneja la jurisprudencia, y ponderando los hechos objeto de investigación (no simple) y la pluralidad de acusados. Ni se señalan, ni se detectan paralizaciones en la tramitación.

Sin duda en ésta como en muchas otras causas sería deseable una mayor agilidad que razones estructurales dificultan. Pero no basta ese desiderátum compartido para edificar una atenuación que el derecho positivo concede solo en casos en que los retrasos rebasan parámetros habituales (art. 21.6 CP). Tal opción legislativa guarda armonía con los perfiles atribuidos tanto por nuestro TC como por el TEDH al derecho al enjuiciamiento en un plazo razonable o a un proceso sin dilaciones indebidas (por aludir a la doble nomenclatura en la que algunos descubren algo más que un debate terminológico). No toda infracción de los plazos procesales ni cualquier excesiva duración de las actuaciones judiciales supone una vulneración de ese derecho fundamental. El juicio sobre el alcance concreto de las dilaciones y sobre su carácter indebido, emergerá como producto de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que se han ido paulatinamente precisando: la complejidad del asunto, los márgenes

ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesgan los implicados, su conducta procesal y la de las autoridades, entre otros (SSTC 89/2014, de 9 de junio y 99/2014, de 23 de junio). Desde esa óptica interpretativa no puede hablarse de dilaciones extraordinarias que puedan dar vida a una atenuante.

Nótese que es la atribución de la condición de imputado la que determina el inicio del cómputo del plazo para evaluar unas dilaciones indebidas. Por tanto la fecha a considerar no es la del inicio de las diligencias del Fiscal, sino aquella en la que el recurrente fue llamado a declarar como imputado que es muy posterior.

No es aceptable el motivo.

NOVENO.— Como tampoco puede serlo el séptimo a través del que se quiere atraer la atenuante de **reparación** amparándose en el comportamiento de un coimputado y no en el propio (340).

No es comunicable tal específica causa de atenuación como no lo sería la genérica (vid STS 352/2014, de 17 marzo en cuanto aclara que solo en algunos casos operará la comunicabilidad). La eficacia atenuadora de la reparación hecha por un coacusado de forma individual y autónoma, por su exclusiva cuenta, no alcanza a los restantes partícipes totalmente ajenos a esa reparación. Es claro el fundamento de esa incommunicabilidad. Estamos ante una causa personal de atenuación solo aplicable a quien realiza o contribuye a la atenuación (sin perjuicio de casos excepcionales).

DÉCIMO.— Se tilda de insuficiente a la motivación de la sentencia (art. 852 en relación con art. 24.1).

La queja es infundada

a) se protesta por tratarse de la primera sentencia condenatoria por emisiones con efecto invernadero.

¿Y?

Este monosilábico interrogante desmonta el argumento. En toda modalidad delictiva habrá siempre una primera vez. Si no, sería imposible que hubiese segundas o terceras, o sucesivas condenas.

b) Parece preguntar por qué se les condena a ellos cuando es de suponer que habría otros muchos intervinientes o posibles autores de conductas similares y por tanto eventuales delincuentes. El argumento es un sofisma: fuera de la legalidad no cabe invocar un derecho a la igualdad. c) Se vuelve al tema de si el pago de unos cánones junto a la pertinente autorización (derecho de emisión) conforme a determinada legislación actuaría como causa excluyente de la responsabilidad penal. Así es. Se contaría con una eximente; o, si se prefiere, estaríamos ante un elemento negativo del tipo. No es momento de adentrarse en el debate sobre su categorización dogmática. Las emisiones autorizadas no son típicas. Lo pueden ser las no autorizadas como las aquí enjuiciadas. ¿Es eso arbitrario? Lo sería no esta concreta condena, sino en su caso la política emprendida. No es un Tribunal el lugar adecuado para debatir sobre eso. En la distribución de riesgos permitidos y riesgos prohibidos tanto en esta como en otras materias los poderes públicos efectúan una ponderación atendiendo a diversos factores. En ese marco ha de moverse el ciudadano y el juzgador al aplicar la legislación.

El motivo es inconsistente y decae.

UNDÉCIMO.— El motivo décimo de este recurso a través del art. 849.1º LECrim considera indebidamente aplicado el art. 28 b) CP (**cooperación necesaria**).

El recurrente era el encargado general. De ahí se deriva su coautoría. La sentencia razona en términos compartibles:

“Consideramos igualmente responsables en calidad de cooperadores necesarios a los acusados Jesus Bruno y con arreglo a lo dispuesto en el art. 28.II.b) del Código Penal. Existe cooperación necesaria cuando hay aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido (teoría de la conditio sine qua non); cuando se contribuye con un objeto escaso y difícil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos); o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso (teoría del dominio del hecho). La cooperación necesaria debe afirmarse en aquellos casos en los que concurre un previo acuer-

do para delinquir, como requisito subjetivo, y siempre que la *colaboración contribuya objetivamente a la realización del delito, más allá de las actividades meramente auxiliares o de segundo grado. Lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad no es ya el concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que la actividad desplegada haya tenido en el resultado producido* (Sentencias de 29 de septiembre de 2000, 19 de diciembre de 2001, 2 de marzo de 2006 y 26 de marzo de 2014).

(...)

(...) Jesus Bruno no era la persona a la que competía la obligación legal de obtener la titularidad de las autorizaciones administrativas correspondientes, y su aportación como encargado de la entidad Trifer debe igualmente reconducirse al ámbito de la cooperación necesaria al ejercer una función directiva esencial en la gestión material de los residuos una vez habían llegado a la planta.”

El **factum**, quizás, podría haber sido más expresivo y recoger con mayor detalle las funciones desempeñadas por el recurrente; pero es lo suficientemente descriptivo en combinación con las consideraciones del fundamento de derecho para fundar activa participación en los hechos: no se le condena simplemente por ostentar el cargo formal de “encargado general”, sino por intervenir como tal activamente en las emisiones. Si él gestionaba realmente la industria en esa condición de encargado es obvio que es partícipe de las emisiones: seguramente como coautor, y sin necesidad de desplazarnos a la cooperación necesaria asimilada penalmente a aquella (aunque a la hora de optar por una u otra figura habremos de decantarnos previamente por la catalogación del delito del art. 325 como delito especial o no). No puede negarse su capacidad decisoria. Los hechos probados tras enunciar el papel desempeñado por cada uno de los tres condenados en relación con Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto SL atribuye a los tres la conducta típica

(“se dedicará a la compra de frigoríficos... (y) procederán a la fragmentación de los mismos... con conocimiento de que se liberaban a la atmósfera los gases contenidos en circuitos y espumas aislantes”).

El Fiscal lo explica bien:

“Los hechos declaran probado que el recurrente “era encargado general” de la empresa, donde se realizaba actividad de fragmentación de residuos de aparatos de refrigeración sin la autorización administrativa correspondiente, liberándose gases con peligro notable para el equilibrio de los sistemas naturales y para la salud.

En los fundamentos de derecho, de modo complementario, se afirma que ejercía “una función directiva esencial en la gestión material de los residuos una vez habían llegado a la planta”, definiendo así la aportación material a fase ejecutiva del tipo. No obstante el Tribunal subraya que el recurrente “no era la persona a la que competía la obligación legal de obtener la titularidad de las autorizaciones administrativas correspondientes” para desplazar la autoría a favor de la cooperación necesaria como forma de participación.

En efecto, el recurrente no tenía facultades de representación, dirección ni administración de las sociedades limitadas que realizaban tal actividad, por lo tanto, no era quien tenía la obligación de obtener las licencias administrativas adecuadas. En ese sentido, con la Audiencia, puede sostenerse que no es autor porque el delito no le pertenece sino que participa en el delito de otro. No obstante, rige, gobierna el tratamiento de los residuos cuando llegan a la empresa, lo que constituye una aportación a la conducta típica que desde las teorías de la conditio sine qua non, la de los bienes escasos, o la del dominio del hecho, merece ser calificada como cooperación necesaria, como con acierto resolvió el Tribunal de la instancia.

El motivo fenece igualmente.

C) Recurso interpuesto por Patricio Matias y Desiderio Laureano.

DÉCIMO SEGUNDO.— El recurso conjunto que interponen Patricio Matias y Desiderio Laureano comienza con la invocación de la **presunción de**

inocencia en el primero de los abundantes motivos que lo componen.

Tiene una estructura y contenido muy similares al del anterior recurrente: la remisión a la contestación que se dió a aquel debe bastar para entender rebatir éste de factura idéntica. Por otra parte la lectura de los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia de instancia se erigen en elocuente refutación de cualquier alegato que quiera fundarse en la insuficiencia de la prueba.

DÉCIMO TERCERO.— Igual cabe decir de los siete restantes motivos de este recurso equivalentes a los correlativos del anterior recurrente. Se denuncia que la condena ha venido precedida de una investigación prospectiva (motivo segundo); que no hay norma extrapenal violada que colme el elemento normativo de la ley penal en blanco que es el art. 325 CP (motivo tercero); que no es aplicable del subtipo agravado de riesgo para la salud de las personas (motivo cuarto); que no debió aplicarse el subtipo agravado del art. 326 a) (motivo quinto); que debieran apreciarse las atenuantes de dilaciones indebidas y reparación (motivos sexto y séptimo) y, por fin, una supuesta falta de motivación (motivo octavo). La respuesta a ese listado ha de ser idéntica a la ofrecida para el anterior recurso: todos los motivos son **improsuperables** excepto **el quinto que ha de ser estimado** por las razones ya explicadas.

D) Recurso de Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto SL

DÉCIMO CUARTO.— El motivo primero del recurso de estas dos entidades enlaza en gran medida con argumentos esgrimidos por otros recurrentes aunque con matices nuevos.

En lo que atañe a la presencia de una investigación prospectiva o *inquisitio generalis* no autorizada por nuestro ordenamiento hay que estar a lo ya argumentado.

A la línea general de razonamiento de los anteriores recursos se añade otra cuestión: la realización de investigaciones de naturaleza penal en el seno de un procedimiento administrativo lesionaría la intimidad y otros derechos procesales de las personas jurídicas al haberse accedido a datos de empresas sin autorización judicial recabándose de la Dirección General del Medio Ambiente y

otros órganos oficiales sin el respaldo de una orden judicial dictada en un procedimiento penal. Como dice el Fiscal y se explicó antes la actuación del SEPRONA estaba amparada en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo. No es de recibo esa línea de argumentación. Las personas jurídicas no son, por lo demás, titulares, al menos en el mismo sentido, del derecho a la intimidad, ni existen derechos procesales propios que aparezcan violados. Una actividad de inspección es marco idóneo para las indagaciones y peticiones de información efectuadas.

El motivo fenece.

DÉCIMO QUINTO.— El motivo final de estas recurrentes se queja por la fijación de la **indemnización**. El delito contra el medio ambiente no llevaría aparejada responsabilidad civil.

No puede aceptarse sin más ese planteamiento. Pese a ser un delito de riesgo cabe apreciar en algunos supuestos daños indemnizables. Aquí se ha apreciado un daño potencial cuantificado de forma razonable y con una motivación expresa en absoluto arbitraria sobre las pautas a seguir para fijar la cuantía a abonar que se basa en unos informes periciales.

Pese a ello no le falta razón a las entidades recurrentes.

Ciertamente en el hecho probado se declara causado un daño ambiental. Pero de la remisión al informe pericial y a los criterios de cuantificación —valor de mercado de los derechos de emisión de CO2 y otros gases de efecto invernadero— se infiere que no estamos propiamente ante un daño concreto indemnizable a perjudicados específicos, sino más bien ante la lesión potencial o hipotética de un interés difuso y colectivo que se trata de evaluar de manera imperfecta a través de un método homologable a alguna *condictio*. Se evita con ello que la lesión ambiental ocasionada redunde en beneficio del infractor, ni siquiera a través de un mecanismo de *ahorro*. ¿Es eso responsabilidad civil nacida del delito enajenable en alguno de los títulos contenidos en los arts. 109 y ss. CP? Esa es la pregunta que hemos de contestar.

Cuando del delito contra el medio ambiente se derivan perjuicios cuantificables ocasionados en

bienes de titularidad concreta (ora pública, ora privada), la infracción llevará aparejada indefectiblemente una indemnización, siempre sustitutiva de la reparación que es la medida preferente (art. 339 CP), en favor de los concretos titulares damnificados identificables.

Es remedio prioritario la reparación (entendida como restauración o reposición al estado anterior) a costa del infractor. A esa medida se refiere concretamente el art. 339 CP (tutela reintegradora), acogiendo el más reciente estándar en materia de medio ambiente: —*el que contamina, restaura*—, que ha desplazado a un segundo plano al clásico *el que contamina paga*.

Cuando no es posible la reposición al anterior estado de cosas ni se detectan daños singularizables y afectantes a sujetos jurídicos identificables, y no meramente los difusos y colectivos daños asociables a todo delito contra el medio ambiente deformaría el instituto de la responsabilidad civil la búsqueda de un subrogado más o menos simbólico. Se desnaturaliza la esencia de la responsabilidad civil y en particular de su vertiente indemnizatoria regulada en el CP. El pago de una indemnización cuantificada de forma más o menos razonable —*lo que debiera haberse abonado en caso de estar autorizadas esas emisiones*— a una Administración Autonómica y en concreto a uno de sus departamentos, aquél en que se concentran sus competencias en materia de medio ambiente, es solución imaginativa, sensata, razonable, con sentido... pero no acoplable a los contornos definidos de la institución de la responsabilidad civil nacida de delito desarrollada en los arts. 109 y ss CP y cuya naturaleza, fundamento y principios son esencialmente idénticos a la regulada en el Código Civil (vid. sus arts. 1092, 1093 y 1902 y ss). La indemnización contemplada en esos preceptos tiene función compensatoria y no sancionadora, ni de restitución de un enriquecimiento (o ahorro) injusto.

Muchos delitos de riesgo ocasionan daños difusos o poco concretos o presumibles o indirectos y futuros, no exactamente cuantificables y afectantes no a personas o instituciones, sino a la sociedad en general. Por acudir a un socorrido ejemplo, de los delitos contra la salud pública

de los arts. 368 y ss CP derivarán efectos en las condiciones físicas y psíquicas de personas indeterminadas, gastos en el sistema sanitario, deterioro en las condiciones de algunos trabajadores: la actividad ilegal de tráfico de drogas acarrea daños sociales a veces con una traducción económica clara e innegable —aunque sea difícilmente cuantificable—. Pero no se incluye en la responsabilidad civil nacida de delito, ni siquiera a través de un bienintencionado estiramiento del concepto de restitución, la “reparación” o la indemnización de esos daños, tan reales como no singularizables. No sería adecuada la fórmula de establecer una indemnización en beneficio de los servicios de salud a través de ecuaciones más o menos justificadas ensayando cifras aproximativas a los daños que causa determinada cantidad de droga consumida por una población; o los gastos que ha de invertir el Estado en atender adicciones a sustancias estupefacientes: estaríamos desbordando lo que es la responsabilidad civil nacida de delito.

Igualmente en otras infracciones se detecta un ahorro derivado de la actividad delictiva que precisamente por ser delictiva, se desarrolla de manera oculta y clandestina (no en el sentido del art. 326 CP). Quien edifica en zonas protegidas no solicita lógicamente licencia. Además de cometer un delito contra la ordenación del territorio se ahorra esos costes. Quien posee un arma sin la preceptiva licencia tampoco abona las tasas ligadas a esa autorización administrativa. No se acuerda en esos casos como responsabilidad civil que el detentador del arma o el constructor paguen lo que debieran haber abonado a la Administración en concepto de tasas o similares.

Estas ideas no excluyen la posibilidad de especiales mecanismos jurídicos con esos fines; pero han de estar expresamente previstos. En concreto:

a) Un principio de política criminal básico es conseguir que el delito no sea nunca rentable. Está afirmado en múltiples convenios internacionales de materias muy dispares. Para alcanzar esa finalidad el ordenamiento penal dispone de algunas herramientas; especialmente el decomiso. También, la pena de multa, tanto proporcional como impuesta por el sistema de días-multa obedece

de manera indirecta a ese objetivo. Las penalidades conjuntas que incluyen una pena privativa de libertad junto a la pena de multa vienen basadas a veces en esa idea. Esa pena pecuniaria conjunta está presente en el delito medioambiental.

b) Alguna legislación específica prevé fórmulas para revertir lo recaudado a través de esas penas (decomiso y multa) precisamente en la prevención de la concreta actividad delictiva y en los gastos con que han de cargar las Administraciones y asociaciones del tejido social para hacer frente a los daños anudados a ella: el narcotráfico proporciona el ejemplo paradigmático de esta atinada medida de política criminal.

c) En otros campos hay mecanismos asimilables al enriquecimiento injusto o una *condictio* por intromisión que se activarán cuando están expresamente previstos en una norma. Los delitos contra la propiedad intelectual (por remisión a su legislación especial donde se identifican algunos mecanismos indemnizatorios de ese tipo) o legislación de patentes o los delitos contra el honor (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982 como ha venido a resaltar la reforma de tal materia llevada a cabo por la LO 10/2010) ofrecen ejemplos de ello. De no existir esas previsiones expresas la responsabilidad civil no alcanzaría a esos conceptos.

En materia de delitos contra el medio ambiente la previsión del art. 339 CP cubre la reparación específica como modalidad de responsabilidad civil, pero no admite fórmulas como la aquí utilizada por la sentencia al rebufo de la acusación pública. La pena de multa que acompaña a la privativa de libertad en estas infracciones es el instrumento que sirve al objetivo de fondo. De hecho aquí la indemnización acordada en realidad no está cumpliendo con su lógica y natural función resarcitoria. Parece obedecer más bien a una encubierta finalidad sancionadora en parte y en parte paliativa de un hipotético enriquecimiento injusto (no ha pagado los derechos de emisión). Esas funciones ya son cubiertas por las penas que se imponen (una de ellas, pecuniaria) sin que sea lógico superponer repercusiones económicas adicionales.

Este discurso no priva de valor al abono efectuado por uno de los condenados con carácter pre-

vio al juicio oral que ha justificado la apreciación de una atenuante de reparación. La reparación como causa de atenuación, en su caso la específica del art. 340 CP, puede tener esa configuración más bien simbólica y no reconducible a las fórmulas más rígidas y estrictas del art. 110 CP. Por tanto aunque la infracción contra el medio ambiente concreta no lleve anudada indemnización, caben mecanismos como el aquí articulado a través de un abono voluntario expresivo de una real operativa y eficaz voluntad de reparación que abre el paso a la atenuación correctamente apreciada (*actus contrarius*: también, v.gr. aportaciones económicas a ONGS, que tratan la adicción podrán dar vida a una atenuante del art. 21.5 en los delitos contra la salud pública) El motivo deberá ser **estimado** suprimiendo del pronunciamiento las indemnizaciones acordadas con el efecto extensivo correspondiente (art. 903 LECrim).

DÉCIMO SEXTO.– Desestimado su recurso, procede condenar a Severiano Heraclio, Felix Martín Suñer, SL y Reciclajes Felma al pago de sus costas (art. 901 LECrim). Las costas de los restantes recursos han de declararse de oficio al haber sido parcialmente estimados.

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR parcialmente** a los recursos de casación interpuestos por **TRITURADOS FÉRRICOS SL y RECUPERACIONES NIETO SL**, contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente por **estimación del motivo segundo** de su recurso y **en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia** dictada por la Audiencia Provincial de Madrid con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR parcialmente** a los recursos de **Jesus Bruno, Patricio Matias Y Desiderio Laureano por estimación del quinto motivo de sus respectivos recursos** con declaración de las costas de tales recursos de oficio.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de Severiano Heraclio y **FELIX MARTÍN SUÑER SL Y RECICLAJES FELMA** condenándoles al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Andrés Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García Carlos Granados Pérez Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Fallo: 08/09/2015

Recurs o Nº: 144/2015

Secretaria de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA:

Fallo Segunda Sentencia:

Que debemos condenar y condenamos a Desiderio Laureano, a Patricio Matias, a Jesus Bruno, a Severiano Heraclio y a Basilio Estanislao **como autores criminalmente responsables de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, a las siguientes penas:**

a) A los acusados Desiderio Laureano y Patricio Matias, a las penas a cada uno de ellos de **dos años y seis meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de doce meses**, con una **cuota diaria de doce euros** y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal; e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un período de **dos años**.

Al acusado Jesus Bruno, las penas de **un año y dos meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración

de la condena; **multa de seis meses**, con una **cuota diaria de seis euros**, y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal, e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un periodo de **ocho meses**.

Las empresas Triturados Férricos SL y Recuperaciones Nieto SL deben responder directa y solidariamente del pago de las penas de multa impuestas.

b) Al acusado **Basilio Estanislao**, concurriendo la atenuante específica de reparación del daño, a las penas de **un año y dos meses de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de seis meses**, con una **cuota diaria de doce euros**, y la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal; e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un periodo de **ocho meses**.

Se acuerda la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la de **dos años y cuatro meses** de multa, a razón de una cuota de **doce euros** por día.

La empresa Vertederos de Residuos SA - Senda Ambiental SA UTE debe responder directa y solidariamente del pago de la pena de multa.

c) Al acusado Severiano Heraclio, a las penas de **un año y dos meses de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena; **multa de seis meses**, con una **cuota diaria de doce euros**, y

la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal; e inhabilitación especial para el ejercicio profesional de gestión de residuos durante un periodo de **ocho meses**.

Las empresas Félix Martín Suñer SA y Reciclajes Felma SA deben responder directa y solidariamente del pago de la multa.

Se suprimen las indemnizaciones fijadas en la sentencia de instancia, quedando en consecuencia sin efecto la consideración como responsables civiles subsidiarios de las empresas que se declararon tales.

En lo demás y en cuanto no resulte incompatible con ésta se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia en particular en sus pronunciamientos absolutorios, pago de costas. Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Andrés Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García Carlos Granados Pérez

Recurs o Nº: 144/2015

PUBLICACIÓN.— Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del

Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

PABLO PUYAL

(Tol 5507813)

Cabecera: Catastro Inmobiliario. Incorporación de bienes y alteración de circunstancias. Procedimientos. Alteración derivada de nueva ordenación urbanística. Procedimiento de comunicación. Discrepancia entre la realidad catastral y la derivada de la ordenación urbanística. Carga de la prueba. Obligación de la Administración catastral de recabar y exigir a la Administración urbanística los datos y elementos necesarios para subsanar las discrepancias.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: *Joaquín Huelin Martínez de Velasco*

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 05/10/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Tercera

Sección: Segunda

Número Recurso: 541/2014

LA INCORPORACIÓN AL CATASTRO DE LOS ACTOS DE REPARCELACIÓN URBANÍSTICA

1. LOS DATOS DEL PROCESO

Con fecha 5 de octubre de 2015, la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (sección 2ª), ha dictado sentencia en recurso de casación núm. 541/2014, siendo ponente de la misma el magistrado D Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

El objeto del recurso fue la sentencia dictada el 5 de octubre de 2013, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso 191/11, sobre alteraciones de datos catastrales de bienes inmuebles como consecuencia de una nueva ordenación urbanística, que confirmaba la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana, de fecha 30 de noviembre, que resolvía acumuladamente sendas reclamaciones contra dos resoluciones de la Gerencia del Catastro de Alicante de los recursos de reposición interpuestos por Parque Milenium SL y Myland Levante SL.

2. DISPUTA JURÍDICA Y FUNDAMENTOS

En la sentencia objeto de este comentario se resuelve el recurso de la sociedad frente a los actos administrativos dictados por la Gerencia del Catastro, al entender que las parcelas resultantes de la reparcelación de una Unidad de Ejecución que constaba a nombre de la reclamante no se hallaban correctamente catastradas, al no ser totalmente coincidentes sus datos de superficie con los que constaban en el Proyecto de Reparcelación.

Posición de la Administración catastral

La Gerencia del Catastro desestimó tal pretensión, aduciendo diversos argumentos: que una vez revisados los datos alfanuméricos y gráficos de las fincas, la documentación presentada no reunía las suficientes garantías técnicas que permitiera confirmar las superficies argumentadas; dicha documentación resultaba imprescindible porque se había comprobado que la cartografía catastral, realizada mediante la digitalización de los planos del Proyecto de Reparcelación, reflejaba la realidad de las fincas y para realizar una modificación catastral con tan estrechos márgenes de diferencia —las diferencias de superficie eran inferiores al 5%— se exigía una planimetría de mayor precisión; existencia de posibles terceros afectados, bien la Administración titular de los viales que se podrían ver afectados, o bien los propietarios de las restantes parcelas de la misma manzana. Las resoluciones del Catastro fueron confirmadas por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana en la resolución citada.

Posición de los demandantes

La reclamante en defensa de su pretensión, reconocía la existencia de diferencias entre el Proyecto de Reparcelación y los datos catastrales, y alegaba que éstos debían ajustarse a aquél, para lo que no era necesario practicar prueba alguna; que no eran admisibles márgenes de precisión que permitieran diferencias entre el Proyecto de Reparcelación y los datos del Catastro; y que no se había invadido otras fincas en la medida en que se pretendía incorporar al Catastro los datos del Proyecto con los viales y parcelas que constaban en el mismo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

El Tribunal de instancia, partiendo de que existían discrepancias entre ambas descripciones, resolvió que el Catastro había incorporado los datos

derivados del Proyecto de Reparcelación mediante la digitalización de los planos del Proyecto y de los diferentes instrumentos urbanísticos que le habían sido comunicados a la Gerencia, sin apreciar vulneración de la normativa catastral que establece la obligación de la Administración de comunicar los actos urbanísticos al Catastro y la obligación de éste de incorporarlos a la base datos catastral. Establecía que la actora debía haber aportado documentación gráfica —informe y plano elaborado por técnico— en el que se ubicaran e identificaran indubitadamente sus parcelas en la cartografía catastral, acreditando la medición con máxima precisión, dados los escasos márgenes de diferencia existentes, recayendo la carga de la prueba para la subsanación de tales discrepancias en los propietarios. El Tribunal Superior de Justicia desestimó las pretensiones de las entidades recurrentes.

Sentencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de este comentario, casa la sentencia y anula los actos de gestión catastral impugnados, con base en los siguientes argumentos:

- La incorporación o la alteración de las características de un bien inmueble en el Catastro inmobiliario consecuencia de actos de planeamiento o de gestión urbanística debe realizarse mediante comunicación de las administraciones actuantes. Si bien es cierto que, con carácter general, la acreditación de la superficie y demás características catastrales incumbe a los propietarios, dicha carga probatoria pueden cumplirla a través de los documentos gráficos que la Administración actuante está obligada a comunicar al Catastro.
- La Administración catastral está obligada a comprobar la integridad, exactitud y veracidad de las declaraciones y comunicaciones que se presenten, investigando la posible existencia de hechos, actos o negocios no declarados, declarados parcialmente o con datos inexactos o erróneos. La finalidad del Catastro es hacer coincidir la descripción catastral de los bienes inmuebles con su realidad física, económica y jurídica, en aras de un necesario y constante ajuste entre los datos catastrales y la realidad “extracatastral”.
- En caso de que se detecten errores o discrepancias, la “realidad” urbanística o administrativa no prevalece sobre la “realidad” catastral, dado que ambas se presumen ciertas. Esas discrepancias se deben resolver en este caso a iniciativa del Catastro, recabando de la Administración actuante, elementos y pruebas precisas para que esa discrepancia pueda ser superada. La resolución de las discrepancias se

debe resolver por las administraciones implicadas, con el concurso de los interesados, en los correspondientes procedimientos de subsanación y rectificación catastral.

La sentencia estima parcialmente el recurso, anulando los acuerdos catastrales que denegaron la incorporación de la superficie que se incluía en el proyecto de reparcelación, por estimar el motivo de que no recaía en el recurrente la carga de la acreditación de la realidad de las fincas, pero desestima la pretensión de reconocer la situación jurídica individualizada del recurrente —la superficie de las parcelas— extremo que pospone a su resolución por ambas Administraciones con el concurso de los interesados.

3. COMENTARIO

En primer lugar, hemos de adelantar que a nuestro entender los criterios interpretativos sentados por la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos son totalmente ajustados a la normativa catastral, y deben servir de base no sólo para la tramitación de los expedientes urbanísticos, sino para otro tipo de expedientes administrativos que supongan una reconfiguración de los terrenos (deslindes, expropiaciones y concentraciones parcelarias). Nuestro más alto Tribunal extrae las debidas consecuencias jurídicas del deber de colaboración existente entre el Catastro Inmobiliario y las Administraciones públicas que intervienen sobre el territorio y la propiedad, deber que se contiene, fundamentalmente, en la normativa catastral, por ser la colaboración consustancial a la esencia del Catastro Inmobiliario tal y como vamos a desarrollar.

El deber de colaboración entre las Administraciones urbanísticas y el Catastro

El texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (en adelante LCI), establece que la información catastral estará al servicio de las Administraciones públicas para el ejercicio de sus competencias y de las políticas públicas (art. 2 LCI), y que su difusión es competencia del Catastro (art. 4 LCI). Dicha ley contiene una serie de preceptos que concretan esta colaboración:

- El acceso de los órganos de la Administración a todos los datos catastrales, incluso los que tienen carácter protegido, de conformidad con los principios de competencia, idoneidad y proporcionalidad (art. 53.2 LCI). Las Administraciones públicas están exentas de la tasa de

acreditación catastral, por lo que la obtención la información catastral tiene carácter gratuito (art. 62 LCI).

- La LCI establece que es obligatoria *la constancia de la referencia catastral* de los bienes inmuebles en los expedientes y resoluciones administrativas y en los documentos donde consten los hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio y demás derechos reales (art. 38 LCI). El artículo 46 LCI especifica que el órgano competente para instruir un procedimiento administrativo que afecte a los bienes inmuebles debe requerir a los titulares de derechos reales o de trascendencia real sobre éstos para que aporten la documentación acreditativa de la referencia catastral, aunque también pueden obtenerla directamente por medios telemáticos. En la resolución que ponga fin al procedimiento debe hacerse constar la referencia catastral, “haciendo constar si la referencia se corresponde con la identidad de la finca en los términos establecidos en el art. 45 LCI”. Cuando del procedimiento administrativo resulten modificaciones de fincas es suficiente que el órgano administrativo remita al Catastro copia de los planos de situación junto con las referencias catastrales de las fincas de origen, para que el Catastro expida y comunique las nuevas referencias catastrales de los bienes inmuebles afectados.
- El art. 3.2 LCI establece que la *certificación catastral descriptiva y gráfica* acreditativa de las características físicas, económicas y jurídicas de los bienes inmuebles, se incorporará a los documentos públicos y en los procedimientos administrativos como medio de acreditación de la descripción física de los inmuebles. Para ello prevé que dichas certificaciones se obtengan por medios telemáticos preferentemente, lo que se puede hacer por la propia Administración a través de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro (www.sedecatastro.gob.es).
- El art. 36 LCI establece con carácter general que el *deber de suministro al Catastro* cuantos datos o antecedentes relevantes para su formación y mantenimiento sean recabados por éste, bien por disposición de carácter general o bien a través de requerimientos concretos, recae en las entidades locales y demás Administraciones actuantes, en los términos que reglamentariamente se determinen.
- El art. 14.c) LCI establece el deber de las Administraciones actuantes de suministrar al Catastro información sobre las alteraciones que se produzcan en los inmuebles para que éste las incorpore sin necesidad de que tengan que presentar declaraciones catastrales los titulares de los inmuebles. Concretamente menciona *las comunicaciones*

ante el Catastro Inmobiliario de las Administraciones actuantes, que deben formalizar, entre otros supuestos, cuando se aprueben actos de planeamiento y de gestión urbanísticos. La comunicación comprenderá la correspondiente certificación administrativa expedida por el órgano actuante [art. 14.c) LCI].

Como vemos, la colaboración entre el Catastro y la Administración urbanística actuante tiene carácter recíproco. Por una parte, el Catastro suministra la información actualizada sobre los bienes inmuebles que dichas entidades necesitan para el ejercicio de sus competencias, y esa utilización de la información catastral no es sólo un derecho o posibilidad que tienen los órganos urbanísticos, sino que también constituye una obligación. Por otra parte, el Catastro obtiene buena parte de la información sobre las alteraciones que se producen en los bienes inmuebles para proceder a su actualización.

La obligación de declarar ante el Catastro las alteraciones que se produzcan en los bienes inmuebles recae, con carácter general, en los propietarios, excepto en los supuestos de comunicación, como los actos de gestión y planeamiento urbanístico, en los que la obligación de comunicar dichas alteraciones recae en las Administraciones actuantes o en los Registradores de la Propiedad, eximiéndose a los titulares de su obligación de presentar declaraciones catastrales (art. 13 LCI). Así lo reconoce el Tribunal Supremo expresamente en esta sentencia.

Pero las previsiones normativas que contiene el LCI, que impone a las Administraciones públicas el deber de colaboración en el mantenimiento catastral no siempre se han cumplido. Así, no es infrecuente que en los expedientes urbanísticos, las Gerencias del Catastro reciban de la Administración actuante la información con retraso o, por el contrario, cuando todavía no han sido aprobados definitivamente, o sin informar si los mismos han adquirido firmeza o no, por haber sido recurridos. En ocasiones se constata que, en la elaboración de los proyectos correspondientes, se ha prescindido de la utilización de la cartografía catastral y de la certificación catastral descriptiva y gráfica. Otras veces, los proyectos no reúnen determinados requisitos mínimos de calidad técnica o en su tramitación no han sido llamados los titulares catastrales de los inmuebles afectados. También suele ocurrir que, una vez aprobados definitivamente dichos expedientes administrativos, cuya tramitación es compleja y costosa, no se comunique el resultado de los mismos al Catastro para la incorporación de las alteraciones producidas en los bienes inmuebles. Estas disfunciones se ponen de manifiesto con relativa frecuencia, mucha más de lo que debe ser normal, y producen problemas jurídicos de difícil resolución, dado que los propietarios quieren ver refle-

jada la nueva realidad de sus fincas en el Catastro, cuando han sido configuradas en los procedimientos administrativos conforme a lo tramitado, y a veces eso no es posible por no existir correspondencia gráfica con la cartografía catastral o con la realidad. Igualmente se oponen a que se realicen alteraciones catastrales en sus parcelas cuando no han sido llamados en los expedientes o cuando están en fase de resolución determinados recursos presentados contra dichos actos.

La sentencia que comentamos sólo da solución, como resulta obligado, al supuesto que le fue planteado por las partes, que no era otro que una discrepancia al incorporar al Catastro la descripción de las fincas derivada del Proyecto de Reparcelación. Si el Catastro ha realizado una errónea descripción de los inmuebles, ésta debe ser rectificadora con los datos del proyecto administrativo mediante el procedimiento de comunicación del art. 14.c) LCI, o a través del procedimiento de subsanación catastral de discrepancias regulado en el art. 18.1 LCI. Pero con los criterios sentados en la sentencia, puede no alcanzarse la solución a todos los problemas derivados de la existencia de discrepancias entre la información catastral y los planos de los proyectos administrativos aprobados que reconfiguran la propiedad de los inmuebles.

La sentencia resuelve el litigio, como expresamente nos recuerda, en los términos suscitados por las partes, y anula los actos catastrales que eran objeto de impugnación, ordenando al Catastro ajustar la descripción catastral a la realidad “extracatastral”, con el concurso de los interesados, mediante un procedimiento de subsanación o rectificación catastral. Pero no impone que se incorporen al Catastro los datos del Proyecto de Reparcelación, puesto que la realidad urbanística, como nos recuerda el Tribunal Supremo, no prevalece sobre la catastral, dado que ambas se presumen ciertas. Por esta razón el sentencia no reconoce la situación jurídica individualizada del demandante que pretendía la incorporación al Catastro del Proyecto de Reparcelación en sus estrictos términos.

Nos podemos encontrar, por tanto, con que en el momento de su incorporación al Catastro al ejecutar la sentencia se constate que existe una errónea descripción de los inmuebles en el Proyecto de Reparcelación si no se corresponde con la realidad. En ese caso, dado que el Proyecto estará definitivamente aprobado por la Administración actuante, sólo cabe recurrir a un procedimiento de rectificación de error o de revisión del proyecto administrativo que se ha elaborado sin cumplir determinados requisitos de calidad, lo que resulta más problemático al afectar a los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo. Mayor complejidad aún puede revestir

dicha rectificación si el Proyecto ha tenido acceso al Registro de la Propiedad, con la posible existencia de derechos de terceros.

Los problemas actualmente existentes de gestión compartida de la información territorial entre las Administraciones actuantes en el territorio y el Catastro Inmobiliario, han adquirido mayor relevancia tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Catastro Inmobiliario (en adelante LHCC), que conviene analizar someramente, para analizar posteriormente la incidencia que en lo sucesivo va a tener en la inscripción en el Catastro y en el Registro de la Propiedad de estos actos urbanísticos.

El nuevo sistema de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad

La LRHC ha introducido en la regulación del Catastro Inmobiliario y del Registro de la Propiedad una serie de normas encaminadas a lograr la coordinación entre ambos, en lo que atañe a la descripción gráfica de las fincas.

La LCI ya recogía como uno de sus principios informadores del Catastro la colaboración con el Registro de la Propiedad para el ejercicio de sus competencias (art. 2), y contenía determinadas normas en las que se concretaba dicha colaboración: se facilitaba la utilización de la cartografía catastral como base de la identificación de las fincas en el Registro de la Propiedad (art. 33.4); se establecía la obligación de los Notarios y Registradores de suministrar la información relevante para el Catastro (art. 36.3); se regulan procedimientos para incorporar al Catastro las alteraciones que fueran objeto de comunicación por los fedatarios públicos (art. 14); se establecía la obligación de hacer constar en el Registro de la Propiedad la referencia catastral de los inmuebles como elemento identificador de las fincas registrales (arts. 38 y ss. LCI). Igualmente se había impuesto la necesidad de aportar la certificación catastral descriptiva y gráfica para la inmatriculación de fincas en el Registro (arts. 50 y ss. Ley 13/1996, de 30 de diciembre).

Con la nueva regulación se avanza en la misma dirección. En primer lugar, el art. 9 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH) obliga a una descripción mucho más precisa de las fincas registrales, al señalar que se debe especificar la “situación detallada de la finca”, la superficie y su referencia catastral (apartado a), y prevé que se pueda incorporar su descripción geográfica mediante la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca (apartado b). Esta última previsión, aunque no es obligatoria en todos los casos, sí lo es para todos los supuestos de inmatriculación y modificación de la configuración de los terrenos en los que se abra un nuevo folio real por

la creación de una finca registral, entre los que se encuentran los derivados de actos de reparcelación urbanística.

En segundo lugar, la base gráfica de las fincas registrales es la cartografía catastral (art. 10.1 LH). La inscripción de la representación gráfica georreferenciada se realizará presentando la certificación catastral descriptiva y gráfica que se corresponda con la realidad física de las fincas que se pretende inscribir, (art. 10.2 LH), o cuando se manifieste que la descripción catastral no se corresponde con la realidad presentando junto con ésta una representación gráfica alternativa, en determinados supuestos tasados por la propia ley (art. 10.3 LH). En este último caso, la representación aportada deberá ser compatible con la delimitación de las parcelas que se reflejan en la cartografía catastral, para lo cual se impone el cumplimiento de determinados requisitos técnicos.

En tercer lugar, es el Registrador de la propiedad el que, tras su labor de calificación registral, debe apreciar si concurren los requisitos de correspondencia entre la descripción literal de la finca que conste en el título o en el Registro y la representación gráfica aportada. Dichos criterios se contienen en el art. 9.b LH y consisten, básicamente, en que ambas descripciones, la literal y la gráfica, se refieran al mismo recinto, que la representación gráfica permita una perfecta identificación de la finca y su diferenciación con las colindantes, que las diferencias de cabida no excedan del 10 por 100 entre la descripción gráfica aportada y las que consten en el título o la inscripción, y que no se invadan las fincas colindantes ni el dominio público.

No van a ser objeto de estudio en este trabajo los procedimientos registrales y régimen jurídico del intercambio de información para conseguir la coordinación entre el Catastro y el Registro. Sólo interesa señalar aquí que la inscripción de la representación gráfica georreferenciada debe ser la aportada por los solicitantes de la inscripción manifestando que es conforme con la realidad física de la finca. En el procedimiento de inscripción, se debe dar audiencia a todos los titulares de las fincas colindantes, a fin de que puedan manifestar su oposición, o bien se debe notificar el resultado de la inscripción, según los casos.

En cuarto lugar, la coordinación sólo se alcanzará cuando la representación gráfica georreferenciada inscrita en el Registro sea coincidente con la derivada de la cartografía catastral, bien porque se haya inscrito la contenida en la certificación catastral descriptiva y gráfica, bien porque se haya inscrito una representación gráfica alternativa que haya servido para actualizar el parcelario catastral.

La coordinación se alcanza, por tanto, en tres fases:

- En primer lugar, es necesario identificar la finca registral con su referencia catastral, lo que no significa que la descripción catastral y registral de la finca sean coincidentes. Los criterios y procedimientos de identificación de fincas para la constancia de la referencia catastral están desarrollados en los artículos 38 y ss. LCI.
- En segundo lugar, es necesario inscribir la representación gráfica georreferenciada de la finca en el Registro, si a juicio del Registrador se superan los criterios de correspondencia gráfica (coincidencia de los recintos que figuran en la descripción gráfica y literaria, diferencias de cabida inferiores al 10 por 100, y no invasión de fincas colindantes o del dominio público). El art. 9.b) LH dispone que la superficie de las fincas inscritas será la derivada de la representación gráfica georreferenciada, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria. Con ello se salvan las discrepancias entre los planos aportados y la superficie literaria, que el actual sistema permite y que han dado lugar al proceso que se resuelve en esta sentencia, dado que ambas superficies deben ser coincidentes.
- Finalmente sólo cuando coincida la descripción de las fincas registrales con las derivadas de la cartografía catastral, el Registrador podrá hacer constar en el folio real que se ha alcanzado la coordinación y estaremos en presencia de una finca coordinada. Sólo cuando las fincas registrales estén coordinadas gráficamente con el Catastro gozarán de la presunción de certeza los datos inscritos de ubicación, delimitación y superficie, a todos los efectos legales que les otorga el principio de legitimación registral que recoge el artículo 38 LH (art. 10.5 LH). De esta manera, se extienden los efectos jurídicos de la inscripción registral no sólo a los derechos inscritos sobre las fincas, como ha sido tradicional hasta ahora, sino que también a los datos de hecho del objeto sobre el que recaen, que es la finca registral.

En los procedimientos derivados de expedientes de transformación o equidistribución urbanística en los que su aprobación determina una reconfiguración de la propiedad (como son los de reparcelaciones urbanísticas), es obligatoria la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas para su inscripción registral [art. 9.b) LH].

Si los poderes públicos que intervienen en los expedientes urbanísticos han actuado conforme previene la LCI, tanto en la utilización de la información catastral gráfica y alfanumérica como base de sus actuaciones, como en la comunicación al Catastro para que refleje fielmente la realidad de las fincas resultantes, la representación gráfica de las fincas contenida

en el proyecto urbanístico será incorporada al Catastro Inmobiliario antes de solicitar su inscripción en el Registro, a través del procedimiento de incorporación catastral previsto en el art. 14.c) LCI. De esta manera el parcelario catastral contendría la descripción física de las fincas resultantes, y ésta se podría acreditar con la certificación catastral descriptiva y gráfica. Pero, como hemos señalado, son muy frecuentes los casos en que la Administración actuante no cumple las obligaciones de comunicación catastral y lo único que suele hacer es solicitar la inscripción en el Registro de la Propiedad de dichas fincas, cuando todavía no están reflejadas en la cartografía catastral.

El nuevo artículo 204 LH regula el procedimiento a seguir para la inscripción o inmatriculación de fincas derivados de los actos urbanísticos que supongan una reconfiguración de los terrenos, cuando la descripción de las fincas resultantes no esté incorporada al Catastro. Para estos casos, el Registrador debe remitir telemáticamente al Catastro copia de la representación gráfica aportada al día siguiente de su presentación, y que el Catastro debe devolver la representación gráfica catastral y las referencias catastrales de las fincas objeto del acto de que se trate para su incorporación al asiento, indicando, en su caso, si la finca ha de entenderse coordinada con la descripción catastral. Como vemos, es la misma previsión que realiza en los arts. 14.c) y 46 LCI, para los supuestos de comunicación administrativa al Catastro de dichos actos. Para ello, además de incorporar las fincas de origen identificadas con su referencia catastral, la LH establece dos condiciones: que la representación gráfica alternativa reúna determinados requisitos y que se realice la validación previa de la misma por el Catastro.

En primer lugar, los planos que se deben aportar al Registro de la Propiedad donde se describan gráficamente las fincas resultantes del expediente deben reunir una serie de requisitos técnicos que permitan comprobar que son compatibles con la cartografía catastral y actualizarla una vez que se produzca la inscripción. Para proceder a inscribir las fincas derivadas de estos expedientes, la LH establece una serie de requisitos que ha respetar la representación gráfica alternativa, han sido desarrollados en el apartado séptimo de la resolución conjunta, de 26 de octubre de 2015, de las Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro (BOE de 30 de octubre), al amparo de lo dispuesto en el art. 10.6 LH. Los requisitos técnicos de la representación gráfica alternativa son los siguientes: ha de respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas afectadas que resulte de la cartografía catastral; ha de estar georreferenciada; ha de contenerse en un fichero informático con un formato predeterminado (GML) de modo que permita su incorporación

a la cartografía catastral; debe guardar correspondencia con la descripción literaria que se contenga en los títulos administrativos correspondientes; y ha de estar aprobada por la Administración pública correspondiente.

En segundo lugar, es necesario que el Catastro valide previamente dicha información para garantizar tales requisitos. Una vez que estén elaborados y aprobado el proyecto, los planos resultantes pueden presentarse a su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero el art. 204 LH obliga, como paso previo a la inscripción, a su validación previa por el Catastro. Dicho servicio está regulado en el apartado segundo de la Resolución conjunta citada. Se configura un servicio a disposición de los Registradores, aunque también puede ser solicitado por la Administración actuante o por cualquier interesado, y no sólo una vez aprobado el proyecto administrativo, sino durante la elaboración de los planos del proyecto o durante su tramitación. Conviene insistir en que el informe catastral de validación de la representación gráfica alternativa permite poner de manifiesto problemas latentes de delimitación de las fincas y dar a conocer las que se encuentran afectadas por la operación, a cuyos titulares se debe tener en cuenta en el procedimiento administrativo, y detectando posibles discrepancias de la cartografía catastral con la realidad, que deberán ser subsanadas antes de la aprobación definitiva del procedimiento, momento a partir del cual las disfunciones detectadas tienen mucha peor solución.

El Catastro debe realizar la validación técnica del fichero que contenga la representación gráfica de las nuevas fincas, emitiendo un informe sobre el cumplimiento de las condiciones y demás requisitos técnicos. Cuando el resultado de la validación fuera negativo, el informe, además de los errores o defectos advertidos, expresará, en su caso, las parcelas catastrales afectadas no incluidas en la representación gráfica remitida. Si el informe de validación fuera positivo contendrá la representación gráfica catastral que resultaría de la alteración catastral de las parcelas, un listado de coordenadas de sus vértices, la superficie obtenida y las nuevas referencias catastrales asignadas, si ya se ha formalizado la aprobación por la Administración, o la inscripción en el Registro.

El informe de validación que realiza el Catastro es un servicio telemático que se presta en línea a través de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro. Es un informe de carácter técnico y es de emisión obligatoria antes de la inscripción para los expedientes administrativos con fuerza inmatriculadora que estamos tratando aquí. Aunque el informe no es vinculante para el Registrador, resulta de enorme utilidad para realizar la calificación registral del expediente, en cuya labor tiene que comprobar la correspondencia gráfica conforme establece el art. 9.b LH, y puede provocar,

si pone de manifiesto que no se dan los requisitos establecidos, una calificación negativa del Registrador. En caso de que sea positivo tiene importantes efectos, dado que, cuando se produzca la inscripción de la representación gráfica alternativa en el Registro conforme al mismo, esta inscripción equivaldrá a la coordinación con el Catastro.

CONCLUSIÓN

La Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos tiene una enorme trascendencia. A la vista de la doctrina que contiene y de la normativa catastral existente y de las nuevas normas de coordinación del Catastro y el Registro de la Propiedad, resulta fundamental una adecuada actuación de los poderes públicos que intervienen en los expedientes urbanísticos, tanto en la utilización de la información catastral gráfica y alfanumérica como base de sus actuaciones, como en la comunicación al Catastro para que refleje fielmente la realidad de las fincas resultantes.

Por ello, entendemos que hay que modificar la práctica habitual de la tramitación de los procedimientos administrativos en los que se puede aprobar una reconfiguración de los terrenos o una alteración en la delimitación de las fincas, para que los problemas existentes en la información territorial afloren en el momento en que pueden ser subsanados y no cuando se hayan dictado actos administrativos y se hayan elaborado títulos públicos de propiedad, cuya rectificación o anulación pueden dar lugar a graves perjuicios a los propietarios o incluso a terceros que no han intervenido en dichos expedientes y, en todo caso, la conflictividad y supondrá un ahorro de costes. En la tramitación de los procedimientos urbanísticos, es necesario asegurar el cumplimiento de la normativa catastral e hipotecaria, no sólo la normativa sectorial que los regula, de modo que se eviten las disfunciones actuales.

Para ello, las Administraciones actuantes deben revisar la práctica de tramitación los procedimientos administrativos de su competencia que supongan una modificación de las características físicas, económicas o jurídicas de los bienes inmuebles. En nuestra opinión, dichos procedimientos, además del cumplimiento de los trámites que correspondan de acuerdo con su normativa sectorial, deben ajustarse a las siguientes pautas:

1. En el inicio de los procedimientos, además de la información derivada del Registro de la Propiedad, se debe *recabar toda la información catastral* disponible sobre la porción del territorio que pueda verse afectada por el expediente. La información catastral está compuesta por la cartografía catastral, que se puede obtener de modo libre y

gratuito en la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro (www.sedecatastro.gob.es) y por la certificación catastral descriptiva y gráfica de todos los inmuebles afectados, en las que constan los datos de la referencia catastral, la titularidad, superficie, valor, uso de los inmuebles y los linderos georreferenciados de todas las parcelas junto con los datos de sus colindantes (art. 3.2 LCI). Dicha información se puede obtener por todas las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias (art. 53.2.a LCI) y por lo tanto también por la Administración urbanística. Hay que tener en cuenta que los datos del Registro de la Propiedad no siempre incluyen toda la información completa de la zona del territorio sobre la que se actúa, que en ocasiones no es posible localizar las fincas registrales incluidas en el perímetro o unidad de actuación, y que la Administración actuante debe tener en cuenta los derechos de todos los interesados conocidos en el procedimiento, estén o no sus derechos inscritos en el Registro.

2. El proyecto debe *identificar los bienes inmuebles* afectados incorporando la referencia catastral de los mismos, bien requiriendo su aportación a los interesados o bien obteniéndola directamente la Administración, lo que resultará más operativo (art. 46.1 LCI). Hay que tener en cuenta que esa labor de identificación de las parcelas catastrales con su referencia catastral, además de una obligación legal, será imprescindible para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de las fincas resultantes en el Registro.
3. *Elaboración de nueva cartografía* digitalizada y georreferenciada. La Administración actuante deberá decidir si la precisión métrica y nivel de actualización de la cartografía catastral refleja con suficiente fiabilidad y precisión la realidad de las fincas de origen. Si considera que reúne las condiciones adecuadas, podrá reflejar la nueva configuración de las fincas sobre la cartografía catastral preexistente. Si considera que no reúne tales condiciones, deberá realizar los levantamientos topográficos necesarios para elaborar el proyecto, preferentemente por un técnico competente. En caso de que se detecten errores en la cartografía catastral, podrá instarse el procedimiento de subsanación previsto en el art. 18.1 LCI aportando los nuevos planos para adaptar la descripción catastral de los inmuebles a la realidad física. El proyecto que definitivamente se tramite y apruebe deberá reflejar gráficamente la configuración de las nuevas fincas de modo que el perímetro del conjunto de las resultantes coincida con las existentes previamente en la cartografía catastral para que pueda incor-

porarse fácilmente su actualización. El proyecto debe incluir para su inscripción registral unos planos en formato informático que deberán reunir los requisitos contemplados en la Resolución conjunta ya mencionada.

4. Ultimadas las labores cartográficas, es conveniente *solicitar la validación técnica previa por el Catastro* de la representación gráfica de las fincas resultantes. El informe de validación técnica se podrá solicitar por la Administración al Catastro tantas veces como sea necesario antes de aprobar el proyecto definitivamente, lo que permitirá conocer las fincas total o parcialmente afectadas y las alteraciones que deberán efectuarse en la cartografía catastral.
5. *Audiencia de los titulares afectados*. Los titulares catastrales de las fincas afectadas, al igual que los titulares registrales, deben ser tenidos en cuenta en todo caso en el procedimiento administrativo correspondiente, para lo que deben ser citados y oídos en el mismo. Si en el procedimiento administrativo los propietarios afectados por la alteración manifiestan su oposición con la configuración o delimitación propuesta de las fincas, la Administración actuante habrá que tener en cuenta dichas alegaciones y conflictos de propiedad, que el Catastro no tiene competencia para resolver, y tramitar el procedimiento administrativo teniendo en cuenta dicha circunstancia. Todo ello de acuerdo con la normativa sectorial específica.
6. Una vez aprobado definitivamente el procedimiento, *la Administración actuante debe comunicar al Catastro* el resultado de lo aprobado: la referencia catastral de las fincas de origen, junto con el plano o proyecto que refleje las modificaciones realizadas, que reúna los requisitos técnicos señalados. Sólo así el Catastro podrá remitir en el plazo de 5 días, junto con el informe de validación las nuevas referencias catastrales de las fincas resultantes (arts. 40.2 y 46.2 LCI). La incorporación de la información de las fincas resultantes se realizará por el Catastro mediante el procedimiento de comunicación previsto en el artículo art. 14.c) LCI, para cuya resolución dispone de un plazo de seis meses.

De esta manera, la Administración actuante, una vez proceda a aprobar definitivamente el proyecto o expediente administrativo correspondiente, no encontrará discrepancias posteriores con el Catastro que puedan prolongar los procedimientos y la litigiosidad, incorporando al Proyecto el informe positivo de validación de la representación gráfica elaborada y las nuevas las referencias catastrales. Cuando se produzca la inscripción del proyecto en el Registro las fincas resultantes podrán quedar coordinadas con el Ca-

tastro y no encontrarán nuevos impedimentos a la inscripción derivados de la falta de correspondencia de la representación gráfica de las nuevas fincas con la cartografía catastral.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2015 ha puesto de manifiesto que en los expedientes de reparcelación urbanística resulta imprescindible la coordinación entre la descripción de los inmuebles que figure en los Proyectos aprobados y la que conste en el Catastro Inmobiliario, para que, con el concurso de los interesados, tanto unos como otros reflejen fielmente la realidad física de las fincas, sin hacer recaer en los propietarios la carga de la prueba para poder efectuar las rectificaciones o modificaciones para conseguir subsanar las discrepancias existentes. Esta sentencia ha puesto de relieve la transformación que ha de operarse en la práctica administrativa, que además ahora va a venir impuesta, por la reciente entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Catastro Inmobiliario, que obliga a la coordinación de las fincas con el Catastro en el momento previo a la inscripción de las reparcelaciones urbanísticas en el Registro de la Propiedad. Con ello se ayudará a evitar litigios y conflictos de difícil solución una vez ultimadas las actuaciones administrativas.

Sentencia de 5 de octubre de 2015

En la Villa de Madrid, a cinco de octubre de dos mil quince.

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados relacionados al margen, ha visto el recurso de casación 541/14, interpuesto por PARQUE MILENIUM, SL, y MYLAND LEVANTE, SL representadas por el procurador don José Manuel Villasante García, contra la sentencia dictada el 5 de octubre de 2013 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso 191/11, sobre alteraciones de datos catastrales de bienes inmuebles como consecuencia de nueva ordenación urbanística. Ha intervenido como parte recurrida la Administración General del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.— La sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso-administrativo promovi-

do por Parque Milenium, SL, y Myland Levante, SL contra la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana el 30 de noviembre de 2010. Esta resolución administrativa de revisión declaró no haber lugar a las reclamaciones acumuladas 03/05986/2008 y 03/06181/2008, relativas a declaraciones de alteración física y económica de bienes inmuebles de ciertas parcelas de la Urbanización Terol, en el término municipal de Tibi (Alicante).

La *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra en sus fundamentos quinto y sexto:

«QUINTO.— Lo primero que debe señalarse es que la actora interpone el presente recurso contra la resolución del TEAR señalada, de 30 de noviembre de 2010, que desestima las reclamaciones acumuladas 03/05986/2008 y 03/06181/2008 formuladas contra la desestimación presunta y luego expresa de tres recursos de

reposición que interpone el actor contra los actos administrativos de fecha 21 de mayo de 2008 dictados por la Gerencia Territorial del Catastro de Alicante como consecuencia de las solicitudes de declaraciones de alteración física y económica de bienes inmuebles presentadas por la entidad Casa Mediterránea Construcciones Internacional de Alicante relativa determinadas parcelas en el municipio de Tibi, Alicante.

Tal y como consta en el expediente administrativo, la resolución desestimatoria del recurso de reposición dictado en el expediente 146046.03/08, de fecha 17 de octubre de 2008, refiere que el actor manifestó su disconformidad con el acto administrativo de fecha 21 de mayo de 2008, dictado en el expediente 212.549/08, al entender que no se hayan catastradas las parcelas restos de las fincas origen de la reparcelación de la Unidad de Ejecución del Sector 3 del Suelo Urbanizable que debieran constar a su nombre, resolviendo la Gerencia que desestima el recurso en base a los siguientes fundamentos:

“Según informe emitido al efecto por el Área de Inspección de esta Gerencia, revisados los datos que constan de la finca en base de datos alfanumérica y gráfica, así como la documentación aportada por el reclamante, se ha comprobado que la mercantil no presenta en su reclamación ningún tipo de documentación gráfica con las suficientes garantías técnicas (plano acotado, realizado por técnico competente o visado por colegio profesional correspondiente) que permita confirmar las superficies argumentadas así como posibles terceros afectados, documentación absolutamente necesaria a la hora de proceder a catastral un bien inmueble; por lo que no procede alteración alguna por imposibilidad de reconocer e identificar las parcelas afectadas, sin que exista motivo alguno para acometer modificación alguna en la base de datos catastral o nueva valoración.”

La resolución desestimatoria del recurso de reposición dictado en el expediente 146047.03/08, de fecha 17 de octubre de 2008, refiere que el actor manifestó su disconformidad con el acto administrativo de fecha 21 de mayo de 2008, dictado en el expediente 212.549/08, con la

denominación y superficie de varias parcelas de su propiedad, resolviendo la Gerencia que desestima el recurso en base a los siguientes fundamentos:

“Según informe emitido al efecto por el Área de Inspección de esta Gerencia, revisados los datos que constan de la finca en base de datos alfanumérica y gráfica, así como la documentación aportada por el reclamante, se comprueba que las diferencias entre las superficies solicitadas por la Mercantil reclamante y las obrantes en el Catastro, obtenidas a partir de la digitalización de los planos de proyecto de reparcelación, están dentro de los márgenes permitidos de trabajo.

La mercantil reclamante, no presenta en su reclamación ningún tipo de documentación gráfica, lo cual se estima absolutamente indispensable para acometer una modificación de las bases de datos catastrales con márgenes de diferencia de la precisión que se requiere.

Más si cabe si se observa que la suma de todas las parcelas que forman manzana (...), suman un total de 17736 m² según la mercantil y de 17587 m² según los datos catastrales. Comprobada que la cartografía digital catastral se ajusta perfectamente a la realidad existente como se observa en las ortofotos oficiales, la superficie total de diferencia debiera ser a costa de vial público o de parcelas pertenecientes a otro titular diferente; en cuyo caso es requisito indispensable no solo una documentación gráfica con una precisión superior al 5% sino que además se apoye en la cartografía catastral para determinar si las diferencias de superficie son invadiendo vial público o invadiendo parcelas que en Catastro constan a otro titular.

En cuanto a la denominación de las diferentes parcelas, es documento necesario, Certificado Municipal, en el cual se otorgue vía y número de policía a cada una de las parcelas ya que no es hasta ese momento cuando nace en las bases de datos catastrales dicho modo de denominación de parcelas. No estimándose como problemática la actual nomenclatura, ya que identifica inequívocamente a las fincas al constar en el campo “dirección no estructurada”, la denominación

que cada una de ellas ha recibido en el proyecto de reparcelación.

En consecuencia se desestima el recurso planteado, por encontrarse la finca correctamente valorada y definida, sin que exista motivo alguno para acometer modificación alguna en la base de datos catastral o nueva valoración."

En último lugar, la resolución desestimatoria del recurso de reposición dictado en el expediente 146048.03/08, de fecha 17 de octubre de 2008, refiere que el actor manifestó su disconformidad con el acto administrativo de fecha 21 de mayo de 2008, dictado en el expediente 212.549/08, con la denominación y superficie de varias parcelas de su propiedad, resolviendo la Gerencia que desestima el recurso en base a los siguientes fundamentos:

"Según informe emitido al efecto por el Área de Inspección de esta Gerencia, revisados los datos que constan de la finca en base de datos alfanumérica y gráfica, así como la documentación aportada por el reclamante, se ha comprobado que las diferencias entre las superficies solicitadas por la Mercantil reclamante y las obrantes en el Catastro, obtenidas a partir de la digitalización de los planos de proyecto de reparcelación, son en ocasiones superiores al margen de error admisible por lo que pudiera existir algún tipo de discrepancia.

La mercantil reclamante, sin embargo, no presenta en su reclamación ningún tipo de documentación gráfica, lo cual se estima absolutamente indispensable para acometer una modificación de las bases de datos catastrales con márgenes de diferencia de la precisión que se requiere.

Más si cabe si se observa que la suma de todas las parcelas que forman manzana (...), suman un total de 6420 m² según la mercantil y de 6317 m² según los datos catastrales. Comprobada que la cartografía digital catastral se ajusta perfectamente a la realidad existente como puede observarse en las ortofotos oficiales, la superficie total de diferencia debiera ser a costa de vial público o de parcelas pertenecientes a otro titular diferente. En cuyo caso es requisito indispensable no solo una documentación gráfica con una precisión superior al 5% sino que además se apoye en

la cartografía catastral para determinar si las diferencias de superficie son invadiendo vial público o invadiendo parcelas que en Catastro constan a otro titular.

En cuanto a la denominación de las diferentes parcelas, es documento necesario, Certificado Municipal, en el cual se otorgue vía y número de policía a cada una de las parcelas ya que no es hasta ese momento cuando nace en las bases de datos catastrales dicho modo de denominación de parcelas. No estimándose como problemática la actual nomenclatura, ya que identifica inequívocamente a las fincas al constar en el campo "dirección no estructurada", la denominación que cada una de ellas ha recibido en el proyecto de reparcelación.

Lo expuesto, implica que no procede entrar en el presente recurso a resolver las alegaciones efectuadas por la actora respecto la desestimación presunta de la reclamación que formuló contra la resolución de 31 de octubre de 2008, dictada en el expediente 196794.03/08, por la que se le denegó la inclusión de determinados inmuebles urbanos y rústicos en el censo catastral identificados como Heredad Finca Terol y Heredad Casita Seca en término municipal de Tibi, argumentando la insuficiencia de la descripción gráfica de las fincas, por exceder del objeto del presente recurso.

Debemos por tanto centrar la cuestión objeto del presente recurso, en si la resolución del TEAR en cuanto confirma las resoluciones que desestiman el recurso de reposición interpuesto resulta conforme a derecho o no, y en su caso si procede reconocer el derecho de la actora a exigir del Centro Gestor del Catastro que incorpore en sus archivos y bases de datos los documentos interesados por el actor.

SEXTO.- Tal y como hemos señalado, la actora manifiesta su disconformidad con que no se hayan catastrado parcelas restos de las fincas origen de la reparcelación que debieran constar a su nombre, así como con la denominación y superficie de varias parcelas de su propiedad.

Alega la actora que tanto el Centro Gestor del Catastro como el TEAR, han denegado su pretensión, manifestando que el actor no ha aportado

los documentos planimétricos correspondientes, que las discrepancias de superficies están amparadas en los márgenes admisibles de trabajo, que la actora ha podido ocupar viales públicos o parcelas de otro titular en cuanto a las discrepancias en las superficies, y que es necesaria una certificación municipal para incorporar al Catastro el nombre de las calles del Proyecto de Reparcelación.

Invoca en defensa de su pretensión que es un hecho incontrovertido que existe discrepancia entre las superficies catastrales de las parcelas de la mercantil y las superficies de las mismas parcelas resultantes del Proyecto de Reparcelación, por lo que no era necesaria practicar prueba alguna relativa a la disfunción entre la realidad catastral y la física, ya que el Centro Gestor del Catastro reconoce que ha considerado el Proyecto de Reparcelación, y lo que solicitaron las actoras al TEAR y ahora solicitan a la Sala es que se declare la obligación del Centro Gestor del Catastro de incorporar a sus archivos y bases de datos el Proyecto de Reparcelación.

Señala además que no admite que existan márgenes admisibles de trabajo que permitan una discrepancia entre la realidad urbanística representada por la reparcelación y la realidad catastral porque ello es contrario a lo dispuesto en el artículo 11 del TR que regula la Ley del Catastro, que tampoco es admisible que se haya ocupado viales o parcelas de terceros en la medida en que lo que pretende es la incorporación del Proyecto de Reparcelación al Catastro con los viales y parcelas que constan, y que tampoco es admisible la exigencia de certificación municipal porque el nombre de las calles viene incorporado en la planimetría y memoria jurídica del Proyecto de Reparcelación, las cuales estarían en poder del Catastro si hubiese dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 69.2 del Reglamento Catastral que refiere la obligación del Catastro de requerir a las Administraciones Públicas competentes para la aprobación definitiva de los instrumentos de planeamientos, para que aporten copia íntegra de la documentación gráfica y alfanumérica del citado planeamiento que revista trascendencia catastral.

Lo primero que debe señalarse es que es cierto que la Gerencia Territorial del Catastro reconoce la existencia de diferencias, pero no entre las superficies catastrales de los actores y las resultantes del proyecto de reparcelación, sino entre las superficies solicitadas por la mercantil y las obrantes en el Catastro, obtenidas a partir de la digitalización de los planes de proyecto de reparcelación, señalando que en el supuesto del expediente 146047.03/08, están dentro de los márgenes de trabajo permitidos, y que respecto el expediente 146048.03/08, son en ocasiones superiores al margen de error admisible por lo que pudiera existir algún tipo de discrepancia.

Pues bien, partiendo de que existen discrepancias, es necesario, como señalan las resoluciones impugnadas y confirma el TEAR, que la actora aporte documentación gráfica como informe y plano elaborado por técnico en el que se ubique e identifique indubitadamente sus parcelas en la cartografía catastral y acredite la exactitud de la medición pretendida, pues nos encontramos ante una pretensión de modificación, con unos márgenes de diferencia, como señalan las resoluciones de la Gerencia, que requieren una máxima precisión, siendo que tal y como se recoge en las mismas, las superficies obrantes en el Catastro se han obtenido mediante la digitalización de los planos del Proyecto de Reparcelación, por lo que a los efectos de desvirtuar tales resultados es necesaria una prueba técnica que así lo acredite, siendo que la carga de la prueba recae sobre la actora que pretende acreditar el citado error, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC en relación con el artículo 105 de la LGT 58/2003. Y lo mismo cabe decir respecto la pretensión de que sean catastradas a su favor las parcelas restos de las fincas origen de la reparcelación, pues tampoco ha presentado prueba técnica que permita identificar dichas parcelas y los posibles terceros afectados.

Tampoco cabe estimar la pretensión de la actora de que se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 69.2 del Reglamento del Catastro, pues como la misma reconoce en su demanda, la aprobación de la Homologación y Modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del

Plan Parcial de la Finca Terol del municipio de Tibi; y la aprobación de los sectores 1, 2 y 3 del expresado Plan Parcial, son instrumentos que han sido comunicados en legal forma a la Gerencia del Catastro en Alicante, no resultando probado por el actor que no hayan tenido representación catastral ni hayan sido incorporados a los archivos y bases de datos catastrales, máxime cuando consta expresamente y así lo reconoce la propia actora, que el Centro Gestor del Catastro ha tenido a su disposición el Proyecto de Reparcelación, y ha fijado las superficies catastrales a partir de la digitalización de los planos del citado Proyecto de Reparcelación.

Lo expuesto hasta ahora conlleva desestimar la pretensión de la actora en cuanto a que se catastren las parcelas de restos de las fincas origen, así como la disconformidad de la superficie con parcelas de su propiedad, sin necesidad de entrar a analizar los restantes motivos alegados.

– En último lugar y atendiendo a la cuestión referente a la denominación de las parcelas de su propiedad, que el actor impugna y entiende que no es admisible la certificación municipal, pues el nombre viene incorporado en la planimetría y memoria jurídica del Proyecto de Reparcelación, obrante en las dependencias catastrales, debe confirmarse la resolución administrativa en cuanto refiere que es necesario certificado municipal, en el cual se otorgue vía y número de policía a cada una de las parcelas, siendo en este momento cuando nace en las bases de datos catastrales dicho modo de denominación de las parcelas.

Por lo expuesto el recurso contencioso-administrativo interpuesto debe de ser desestimado».

SEGUNDO.– Parque Milenium, SL, y Myland Levante, SL, prepararon el presente recurso y, previo emplazamiento ante esta Sala, efectivamente lo interpusieron mediante escrito presentado el 13 de marzo de 2014, en el que invocaron dos motivos de casación al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio).

En el primero denuncian error en la valoración de la prueba existente en el proceso y con el segundo hacen valer la vulneración de los artículos 11 y 14 del texto refundido de la Ley del Catastro

Inmobiliario, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo (BOE de 8 de marzo). Sostienen que del análisis sistemático de ambos preceptos, y a la vista de la exposición de motivo del citado texto refundido, se deduce que la intención del legislador es que el planeamiento urbanístico, una vez aprobado en legal forma, se incorpore al Catastro a fin de evitar discrepancias entre el Registro de la Propiedad y el Catastro como registro de propiedades a efectos fiscales, reconociéndose en algunas sentencias de tribunales superiores de justicia la obligación de la comunicación en los supuestos de modificaciones de planeamientos y actos de gestión urbanística (sentencia 472/12 del de Galicia de 25 de junio, y 716/06, de 26 de diciembre, del País Vasco).

Entiende que así debería haber ocurrido en el presente caso, pues aprobado el planeamiento de los cuatro sectores en que se divide el Plan Parcial de la Finca Terol del municipio de Tibi, la homologación del sector y los referidos planes parciales con todas sus determinaciones debieron incorporarse al Catastro.

Sin embargo, ello no se ha producido, provocándose grandes discrepancias entre la realidad catastral y la registral, y ante tal situación la sentencia impugnada acude a una motivación que desconoce e inaplica los preceptos en cuestión, trasladando al administrado una carga que, amén de resultar excesiva por su imposibilidad, resulta contraria a los dictados de la legislación aplicable. Entienden que la función de incorporar los instrumentos urbanísticos al Catastro, tal y como han sido legalmente aprobados y con toda la documentación aneja a los mismos, corresponde a la Administración catastral, que, como acreditó, tenía en su poder toda la documentación necesaria para proceder a la inmatriculación catastral.

Añaden a mayor abundamiento que, si la Gerencia Territorial del Catastro hubiera entendido que no disponía de la documentación necesaria para incorporar al Catastro los instrumentos urbanísticos, debía, en los términos que expresa su propia normativa, requerir a la Administración que aprobó los mismos para que remitiese éstos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 69.2

del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (BOE de 24 de abril). En el mismo sentido consideran incumplido el artículo 19.2 de dicha disposición reglamentaria, que regula la obligación de inspección de la Administración Catastral.

Por último, y en relación con la obligación de incorporar una planimetría con el detalle suficiente para romper la presunción de veracidad de la actuación del Catastro, manifiestan que, tal y como alegaron en la instancia, los planos del proyecto de reparcelación se hallaban en poder del Catastro, según resulta del propio expediente administrativo, por lo que esta excusa conculca el artículo 35.F de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre), pues esos planos cumplen las prescripciones contenidas en la normativa urbanística de la Comunidad Valenciana. Por ello, concluyen que si obran en los autos los planos con el suficiente detalle para que no se produzcan los errores técnicos justificados por la Administración actuante bajo el manto del denominado "margen de tolerancia", deben contenerse en el Catastro todas las determinaciones que se expresan en el artículo 35 del Real Decreto 417/2006.

Terminan solicitando el dictado de sentencia que case la recurrida y que, en su lugar, anule los actos administrativos impugnados, «declarando como situación jurídica individualizada el derecho a exigir del Centro Gestor del Catastro a que en fase de gestión y con arreglo al procedimiento legalmente establecido incorpore a sus archivos y bases de datos de la resolución del Conseller de Obras Públicas y Urbanismo y Transporte de la Generalitat Valenciana de 6 de mayo de 2002 por la que se aprobó definitivamente la Modificación y Homologación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal en el ámbito del Plan Parcial de la Finca Terol del municipio de Tibi (Alicante) el acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Tibi de 24 de diciembre de 2002 por el que se acordó aprobar definitivamente el Plan Parcial 1, 2 y 3 del suelo urbanizable de la Finca

Terol, así como el Proyecto de Reparcelación del Sector 3 de la Finca Terol en los estrictos términos en que fue aprobado por la Corporación Municipal y ulteriormente inscrito en el Registro de la Propiedad de Jijona y todo ello hasta conseguir que la realidad catastral coincida con la contenida en las determinaciones y estructura de la propiedad definida en los precitados instrumentos urbanísticos de planeamiento».

TERCERO.— La Sección Primera de esta Sala, en auto de 10 de julio de 2014, decidió rechazar *in limine litis* el primer motivo de casación, admitiendo el recurso en cuanto al segundo.

CUARTO.— La Administración General del Estado se opuso al recurso en escrito registrado el 22 de septiembre de 2014, en el que interesa su inadmisión por falta de interés casacional, en la medida en que afecta exclusivamente a las dos sociedades recurrentes, todo ello con fundamento en el artículo 93.2.e) de la Ley de esta jurisdicción. En cuanto al fondo del segundo motivo, único admitido, considera que la fundamentación de las resoluciones administrativas, confirmada por la sentencia, no ha sido desvirtuada. Dichas resoluciones, al denegar la petición de las sociedades recurrentes, dispusieron la necesidad de que aportaran documentación gráfica suficiente.

QUINTO.— Las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, circunstancia que se hizo constar en diligencia de ordenación de 23 de septiembre de 2014, fijándose al efecto el día 29 de septiembre de 2015, en el que, previa deliberación, se aprobó la presente sentencia.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.— Este recurso de casación suscita una cuestión puntual, pero de trascendencia general. Se trata de despejar la siguiente incógnita: ¿la incorporación o la alteración de las características de bienes inmuebles en el Catastro Inmobiliario consecuencia de actos de planeamiento o de gestión urbanística debe realizarse a instancia de los titulares afectados o mediante comunicación de las administraciones públicas actuantes? Más

en particular, se trata de determinar a quién incumbe la carga de acreditar cuáles son los datos correctos cuando existen diferencias entre los resultantes del catastro y los derivados de la ordenación urbanística: ¿a los interesados o a la propia Administración que ha elaborado y aprobado los documentos administrativos de los que surgen las diferencias?

Viene a cuento este interrogante porque la sentencia impugnada, avalando el criterio de la Administración, termina considerando que tal deber recae sobre los administrados, y por ello desestima la demanda.

La delimitación que acabamos de realizar del objeto de debate deja automáticamente fuera de juego la pretensión de inadmisión que, con fundamento en el artículo 93.2.e) de la Ley de esta jurisdicción, hace valer la Administración recurrida por entender que, tratándose de un asunto de cuantía indeterminada, carece de interés casacional por afectar exclusivamente a las dos sociedades recurrentes.

Muy lejos de la realidad se encuentra esta apreciación, pues la decisión que adoptemos, aun proyectándose de forma inmediata en la esfera jurídica de las dos compañías recurrentes, servirá para fijar la posición de los ciudadanos titulares de bienes inmuebles afectados por la ordenación urbanística cuando conlleve alteraciones de sus características que deban tener reflejo catastral. Por ello, como hemos decidido en otras ocasiones para casos semejantes, tal pretensión de rechazo liminar del recurso debe ser desestimada, porque lo que aquí decidamos será susceptible de influir, directa o indirectamente, en la interpretación y la aplicación de las normas que rigen la institución catastral [véanse las sentencias de 1 de diciembre de 2003 —dos— (casaciones 7907/00 y 7917/00, FJ 2º), 15 de marzo de 2005 (casación 4279/01, FJ 2º), 25 de septiembre de 2007 (casación 1829/03, FJ 3º), 30 de octubre de 2007 (casación 6998/03, FJ 2º) y 9 de febrero de 2009 [casación 4946/06, FJ 2º.a)], cumpliéndose la función nomofiláctica propia del recurso de casación.

SEGUNDO.— El marco jurídico que debemos tomar en consideración es el texto refundido de la

Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado en 2004, y el Real Decreto que lo desarrolla, que es de 2006 (ambos textos ya identificados con mayor precisión en los antecedentes de esta sentencia). El Catastro es un registro administrativo en el que se describen los bienes inmuebles, cuya información se pone al servicio, entre otros, de los principios de generalidad y justicia tributaria (artículos 1 y 2 del texto refundido). La descripción catastral de los bienes inmuebles comprende sus características físicas, económicas y jurídicas, entre las que se encuentran la localización y la referencia catastral, la superficie, el uso, el destino, el valor catastral y su titular, datos que, sin perjuicio del Registro de la Propiedad, se presumen ciertos (artículo 3).

Las competencias en materia catastral corresponden al Estado, que se ejercen por la Dirección General del Catastro, directamente o a través de las distintas fórmulas de colaboración que se establezcan entre las diferentes Administraciones, entidades y corporaciones públicas (artículo 4).

Las titulares catastrales, esto es, las personas naturales o jurídicas que ostenten sobre un bien inmueble el derecho de propiedad, una concesión administrativa o un derecho real de superficie o de usufructo (artículo 9.1), tienen el deber de colaborar con el Catastro, suministrándole cuantos datos, informes o antecedentes resulten precisos para su gestión (artículo 10.2). Ahora bien, este deber de colaboración no desdibuja el hecho de que la incorporación o la alteración de las características de un bien en el Catastro es un procedimiento formal que se articula por distintos cauces: **a)** declaraciones, comunicaciones y solitudes; **b)** subsanación de discrepancias; **c)** inspección catastral y **d)** valoración (artículo 11.2). El cauce común es el de las declaraciones, que incumbe a los titulares catastrales, sobre quienes recae la obligación de formalizarlas para incorporar en el Catastro los inmuebles y sus alteraciones. Esta obligación se exceptúa en los supuestos de comunicación (artículo 13.2).

Las comunicaciones se regulan en el artículo 14 y, en lo que a este litigio interesa, tienen la condición de tal las que las Administraciones actuantes deben formalizar ante el Catastro en los su-

puestos de concentración parcelaria, de deslinde administrativo, de expropiación forzosa y de los actos de planeamiento y de gestión urbanísticos que se determinen reglamentariamente [artículo 14.c)]. Este desarrollo reglamentario se encuentra en el artículo 35 del Real Decreto 417/2006, en el que la obligación de comunicación que incumbe a las Administraciones urbanísticas alcanza, entre otros extremos, a las modificaciones del planeamiento que supongan alteraciones en la naturaleza del suelo y a los proyectos de compensación, de reparcelación y de urbanización, o figuras análogas, obligación que debe cumplimentarse en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la publicación oficial de la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento o de los proyectos de compensación o reparcelación [artículo 36, letras d) y e)].

El marco normativo expuesto nos permite dar respuesta al primero de los interrogantes que nos suscita este litigio: la incorporación o la alteración de las características de un bien inmueble en el Catastro Inmobiliario consecuencia de actos de planeamiento o de gestión urbanística debe realizarse mediante comunicación de las administraciones actuantes.

Siendo así, a juicio de este Tribunal Supremo, la Sala de instancia se equivoca cuando asume como correcta la decisión administrativa denegatoria de la pretensión de incorporar al Catastro las alteraciones consecuencia de las normas subsidiarias, los planes parciales y los proyectos de reparcelación de la finca Terol por no aportar los documentos planimétricos correspondientes, con el pretexto de que existen discrepancias, no discutidas, entre las superficies catastrales y la resultantes de esos instrumentos de ordenación y de gestión urbanística, afirmando que la carga de aportar tales documentos corresponde al titular catastral.

Esos documentos deben ser comunicados, como en efecto lo fueron, por la Administración urbanística y, con base en ellos, el Catastro debe decidir, pues para la práctica de las inscripciones catastrales a través de los distintos procedimientos de incorporación puede utilizarse cualquier medio de prueba admisible en derecho, suficien-

te para acreditar la realidad de los hechos, actos o negocios que las motiven (artículo 24.1 del Real Decreto citado), correspondiendo la carga de la prueba a quien haga valer su derecho (artículo 24.3).

Esta última previsión, que es una particularización en el ámbito catastral del principio general presente en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero), y en el artículo 105 de la Ley General Tributaria de 2003, conlleva que quien hace valer su derecho debe probarlo. En otras palabras, quien pretende incorporar en el Catastro un bien con unas determinadas características debe acreditarlas, en particular, la superficie, pero ello no implica de forma ineluctable que deba ser él quien directamente elabore, a través de sus propios medios, el documento técnico acreditativo, cuando, precisamente, el cambio es consecuencia de una actuación pública urbanística, en la que intervienen las administraciones competentes con la obligación de incorporar en los procedimientos de elaboración y aprobación de los instrumentos de planeamiento y de gestión la documentación gráfica necesaria para ello.

Por lo tanto, efectivamente, corresponde a las sociedades recurrentes acreditar la superficie y demás características físicas, económicas y jurídicas de los bienes de su titularidad en el Catastro, pero lo han de hacer mediante los documentos oficiales que han determinado la aprobación de aquellos instrumentos, que la Administración urbanística está obligada a comunicar al Catastro, incluso a requerimiento de este último, entre ellos los que integran la documentación gráfica y alfanumérica del citado planeamiento, que revistan trascendencia catastral (artículo 69.2 del Real Decreto 417/2006). No se debe olvidar que la Administración catastral está obligada a comprobar la integridad, exactitud y veracidad de las declaraciones y comunicaciones, investigando la posible existencia de hechos, actos o negocios no declarados, declarados parcialmente (artículo 19.2 del texto refundido) o, añadimos ahora nosotros, con datos inexactos o erróneos.

En suma, cuando existen diferencias entre las superficies catastrales y las resultantes de la or-

denación urbanística, incumbe a los interesados acreditar la realidad de ese dato físico, para hacer concordar al Catastro con el mismo; pero esa carga probatoria puede cumplirla a través de los documentos gráficos que la Administración actuante está obligada a comunicar al Catastro.

Y si esos documentos no resultan suficientes, presentando un margen de error no tolerable, la respuesta no puede ser, como la que se ha suministrado en este caso: negar el acceso al Catastro de las alteraciones derivadas de la nueva ordenación. Este desenlace se opone a la finalidad de la institución de hacer coincidir la realidad física, económica y jurídica de los bienes inmuebles con el contenido de ese registro administrativo. La solución no puede ser otra que tal institución administrativa, dependiente del Ministerio de Hacienda, recabe de la Administración responsable de la alteración los datos, los elementos y las pruebas precisos para que esa discrepancia pueda ser superada y se satisfaga el interés general a que sirve el Catastro.

Lo hasta aquí expuesto justifica la estimación del segundo motivo de casación (único admitido a trámite) por infracción de los preceptos del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y del Real Decreto 417/2006 que se invocan en el mismo.

TERCERO.— Procede, por tanto, que, según nos impone el artículo 95.2.d) de la Ley de esta jurisdicción, resolvamos el litigio en los términos suscitados por las partes.

Los actos administrativo originarios son resoluciones de la Gerencia Territorial del Catastro de Alicante que se negaron a incorporar a dicho registro determinadas alteraciones como consecuencia de la ordenación y la gestión urbanística de la finca Terol, en el término municipal de Tibi. El Tribunal Económico-Administrativo Regional de Alicante ratificó esa decisión, sin perjuicio de que, «si el interesado considera que los datos no son coincidentes, y la discrepancia en la denominación, superficie y titularidad de las parcelas, persiste podría dirigirse a la Gerencia Regional del Catastro, si lo estima oportuno, solicitando la subsanación de tal discrepancia, en debida forma y con la prueba pertinente (la prueba que estime

adecuada o la que le pueda ser requerida por el Centro Gestor, elaborada en todo caso “sobre la cartografía catastral” tal y como fundamenta la resolución impugnada); todo ello, en aras a un necesario y constante ajuste entre los datos catastrales y la realidad extracatastral».

En la demanda pidió la anulación de dichos actos administrativos y el reconocimiento de la situación jurídica individualizada consistente en «exigir del Centro Gestor del Catastro a que en fase de gestión y con arreglo al procedimiento legalmente establecido incorpore a sus archivos y bases de datos la Resolución del Conseller de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de la Generalitat Valenciana de 6 de mayo de 2002 por la que se aprobó definitivamente la Modificación y Homologación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal en el ámbito del Plan Parcial de la Finca Terol del municipio de Tibi (Alicante); el acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Tibi de 24 de diciembre de 2002 por el que se acordó aprobar definitivamente el Plan Parcial 1, 2 y 3 del suelo urbanizable de la Finca Terol, así como el Proyecto de Reparcelación del Sector 3 de la Finca Terol en los estrictos términos en que fue aprobado por la Corporación Municipal y ulteriormente inscrito en el Registro de la Propiedad de Jijona y todo ello hasta conseguir que la realidad catastral coincida con la contenida en las determinaciones y estructura de la propiedad definida en los precisados instrumentos urbanísticos de planeamiento».

En virtud de los razonamientos expuestos en el anterior fundamento jurídico, procede estimar esta pretensión y anular los actos impugnados, pero no podemos reconocer la situación jurídica individualizada que se identifica en la demanda, tal y como ha sido formulada. A efectos catastrales, la «realidad» urbanística no prevalece sobre la «realidad» catastral cuando existen discrepancias, dado que ambas se presumen ciertas. Esas discrepancias se deben resolver en este caso a iniciativa del Catastro por las Administraciones implicadas —Gerencia Territorial del Catastro, Ayuntamiento de Tibi y Generalitat Valenciana— con el concurso de los interesados, en los corres-

pondientes procedimientos de subsanación y de rectificación catastral.

CUARTO.— La estimación del recurso de casación determina que, en virtud del artículo 139.2 de la Ley de esta jurisdicción, no proceda realizar una condena sobre las costas causadas en su tramitación, pronunciamiento que, atendiendo a apartado 1 del mismo precepto, en la redacción anterior a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE de 11 de octubre), debemos hacer extensible a las de la instancia.

FALLO:

Acogemos el recurso de casación 541/14, interpuesto por PARQUE MILENIUM, SL y MYLAND LEVANTE, SL, contra la sentencia dictada el 5 de octubre de 2013 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso 191/11, que casamos y anulamos.

En su lugar:

Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo instado por las citadas compañías frente a la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana el 30 de noviembre de 2010, que declaró no haber lugar a las reclamaciones

acumuladas 03/05986/2008 y 03/06181/2008, relativas a las declaraciones de alteración física y económica de bienes inmuebles de ciertas parcelas de la Urbanización Terol, en el término municipal de Tibi (Alicante), anulando dichos actos administrativos por ser disconformes a derecho, pero sin reconocer la situación jurídica individualizada que en su demanda interesaron las citadas compañías, al deberse proceder conforme a lo expuesto en el tercer fundamento de derecho, *in fine*, de esta sentencia.

No hacemos un expreso pronunciamientos sobre las costas, tanto las de la instancia como la de esta casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Emilio Frias Ponce Joaquín Huelin Martínez de Velasco José Antonio Montero Fernández Manuel Martín Timón Juan Gonzalo Martínez Mico Rafael Fernández Montalvo **PUBLICACIÓN.**— Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretaria, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

SOCIAL

JAVIER PUYOL

(ToI 5507860)

Cabecera: Conflicto colectivo. Es cláusula abusiva en el contrato/tipo indicar que el trabajador proporciona voluntariamente a la empresa el número de teléfono móvil o su cuenta de correo electrónico, así como su compromiso para comunicar la inmediata variación de tales datos, al objeto de que se pueda comunicar por tales vías toda incidencia relativa al contrato, relación laboral o puesto de trabajo. La cláusula es contraria a la LOPD.

Jurisdicción: Social

Ponente: *Luis Fernando de Castro Fernández*

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 21/09/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Sección: Primera

Número Recurso: 259/2014

Supuesto de hecho: Una empresa no podrá obligar al trabajador a facilitar el teléfono móvil y el correo electrónico en el contrato. El Tribunal Supremo admite que voluntariamente puedan ponerse aquellos datos a disposición de la empresa e incluso que pudiera resultar deseable, dado los actuales tiempos de progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos

RESUMEN:

Una sentencia del Tribunal Supremo ha desestimado el recurso de casación de la empresa en proceso de conflicto colectivo promovido por el sindicato CCOO, como consecuencia de que la empresa desde un cierto tiempo hubiera incorporado a los contratos de trabajo del personal de nuevo ingreso una cláusula que dice: “Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible”.

El Tribunal Supremo admite que voluntariamente puedan ponerse aquellos datos a disposición de la empresa e incluso que “pudiera resultar deseable, dado los actuales tiempos de progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos”. Pero se opone a que en el contrato de trabajo se haga constar

mediante cláusula/tipo que el trabajador presta su «voluntario» consentimiento a aportar los referidos datos personales, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y que al ser incluida por la empresa en el momento de acceso a un bien escaso como es el empleo puede entenderse que su consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario, por lo que tal cláusula es nula por atentar contra un derecho fundamental y “debe excluirse de los contratos de trabajo”.

El Tribunal Supremo considera que los datos cuya incorporación al contrato se cuestionan [teléfono móvil/correo electrónico] en manera alguna están exentos del consentimiento del trabajador, porque no lo están en la excepción general del art. 6.2 de la Ley de Protección de Datos al no ser «necesarios para el mantenimiento o cumplimiento» del contrato de trabajo según la definición del Diccionario de la Real Academia (aquello que «es menester indispensablemente, o hace falta para un fin»), ya que la relación laboral ha podido hasta recientes fechas desarrollarse sin tales instrumentos.

Tampoco se aplica la excepción al régimen general de datos personales del art. 2.2 del Reglamento de Protección de Datos que se refiere exclusivamente al teléfono y dirección electrónica «profesionales», esto es, los destinados —específicamente— a la actividad profesional del trabajador.

COMENTARIO:

1. OBJETO DEL PROCESO, TIPO DE RECURSO, PARTES Y SALA

Con fecha 21 de septiembre de 2015 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dicta Sentencia desestimatoria del recurso de casación sobre demanda de Conflicto Colectivo en acción de impugnación de determinadas cláusulas incorporadas por la empresa a contratos de trabajo.

En el presente procedimiento han sido parte demandante diferentes Secciones de Sindicatos, y como demandados lo han sido tanto la Empresa contratante, así como otros Sindicatos. Ante el Tribunal Supremo es recurrente exclusivamente la Empresa.

Los hechos y su cronología en los que se basa el presente procedimiento, son los siguientes:

1. La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de un Sindicato con implantación en la Empresa demandada, está integrada en la Confederación Sindical del mismo, organización sindical con la consideración de más representativa a nivel estatal.

II. El presente conflicto colectivo afecta a trabajadores de la Empresa que realizan su prestación laboral en centros de trabajo situados en un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma.

III. La citada Empresa pertenece al sector de Empresas del sector de Contact Center y por tanto se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de ámbito Estatal del Sector de Contact Center (antes telemarketing) (Código de convenio número 99012145012002), que fue suscrito con fecha 23 de mayo de 2012, de una parte, por la asociación empresarial Asociación de Contac Center Española (ACE), en representación de las empresas del sector, y de otra, por los sindicatos CCOO y FES-UGT, en representación de los trabajadores, BOE n° 179 de 27 de julio de 2012, publicado por Resolución de 12 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo.

IV. La Empresa demandada desde hace más de un año está incorporando una cláusula en los contratos de trabajo nuevos que dice: “Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible”

V. Con fecha 1 de abril de 2013, la parte demandante presentó denuncia en la Inspección de Trabajo por este motivo

VI. La Inspección de trabajo inicia las actuaciones correspondientes, y con fecha 15 de abril 2013 procede a realizar un acta de advertencia en el libro de visitas de la empresa, en los siguientes términos: “Se advierte a la empresa que la cláusula n° 10 del anexo I que incluye en los contratos de trabajo no le exime del cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la normativa legal vigente en materia de extinción del contrato de trabajo, modificación de condiciones de trabajo, etc.”

VII. En cuanto a la calificación por parte de la Inspección de tal cláusula como abusiva decir que es un principio general del derecho que las cláusulas abusivas se tienen por no puestas, sin perjuicio de lo cual, conforme a la legislación vigente, su calificación como tal y consecuente nulidad corresponde declararla a los órganos jurisdiccionales.

VIII. A partir de finales del mes de abril de 2015, la Empresa ha variado esta cláusula, siendo el texto actual el siguiente: “Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía

SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, sin menoscabo del cumplimiento por parte de la empresa de los requisitos formales exigidos por la normativa laboral vigente, y según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible”. En el mes de julio de 2.015 la Empresa ha vuelto incorporar la siguiente cláusula: “Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente e inmediata”.

IX. Se ha celebrado intento de mediación ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje en fecha 24 de septiembre de 2013 que finalizó teniendo como resultado el intento sin efecto. Se han cumplido las previsiones legales”.

X. Por parte de la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de un Sindicato, se planteó demanda sobre Conflicto Colectivo, de la que conoció de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia: “por el que en definitiva se declare la nulidad de las citadas cláusulas”.

La cuestión que ahora resuelve la Sala Cuarta del Tribunal Supremo había seguido el siguiente iter procesal:

Primera Instancia: Con fecha 28 de enero de 2014 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que debemos estimar y estimamos la demanda formulada por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de un Sindicato, contra la empresa, siendo partes interesadas diversos Sindicatos, sobre conflicto colectivo. Y se declara la nulidad de las cláusulas impugnadas y debemos condenar y condenamos a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración”.

2. DISPUTA JURÍDICA Y FUNDAMENTOS USADOS POR EL TRIBUNAL

La cuestión objeto de debate se centra a determinar la validez de una cláusula/tipo que la empresa demandada incluye en los contratos de trabajo y que, con ligeras variantes introducidas en el tiempo, refiere —última ver-

sión— que las «partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico... según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto» y que «cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente e inmediata».

Por tanto, la discusión se centra en determinar la eficacia o no del contenido de dicha estipulación, y derivado de ello, la procedencia o no de su declaración de nulidad.

Frente a la pretensión del Sindicato demandante, la Empresa sostiene los siguientes argumentos jurídicos:

I).— La vulneración del art. 6 LOPD, porque si bien en su apartado 1 el precepto subordina el tratamiento de datos de carácter personal a inequívoco consentimiento del afectado, su apartado 2 exime de tal regla a «los datos de carácter personal que surgen en el ámbito de una relación laboral y son necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de ésta».

II).— La infracción del art. 2.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, que excluye de la referida protección —en el marco de tales relaciones laborales— a «la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales».

III).— La conculcación del art. 4 LOPT, en tanto que el mismo «consagra la necesidad de que el uso de los datos de carácter personal sea adecuado, pertinente y no excesivo en relación con las finalidades para las que se hubieran obtenido».

IV).— La transgresión del art. 7.2 CC, porque «delimita con precisión los contornos de la figura jurídica de abuso del derecho».

El Tribunal Supremo, en el examen de la cuestión objeto del litigio ha de partir del análisis de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre; y de su Reglamento aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre; para acto continuo tomar en consideración la doctrina constitucional interpretativa de aquellas disposiciones legales; para posteriormente valorar la doctrina relativa a la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral; y finalmente aplicar la precedente exposición al caso enjuiciado, atendiendo a las concretas denuncias y argumentaciones del recurso, y valorando expresamente las circunstancias concurrentes.

3. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

I. Examen de la exposición de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre; y Reglamento aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre

La Sala pone de manifiesto que LOPD contiene dos disposiciones claramente atinentes al caso:

1) El art. 3.a) dispone que se entenderá por «datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables».

2) De acuerdo con el art. 6, «1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. 2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal [...] se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento...».

Por su parte, el art. 2.2 del Reglamento aplicativo [RD 1720/2007, de 21 de diciembre], señala que «Este Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales».

II. Doctrina Constitucional interpretativa de aquellas disposiciones legales

La Sala en su argumentación pone de manifiesto la doctrina constitucional expresada por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6; 217/2013, de 31/enero, FJ 4; y 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 7, en las que se concretan los siguientes criterios:

1) Que el derecho a la protección de los datos de carácter personal que deriva del art. 18.4 CE, consagra «en sí mismo un derecho o libertad fundamental» [SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6; y 254/2000, de 30 de noviembre, FJ 5, entre otras] y de carácter «autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona» [STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5], y también está reconocido en el art. 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, en el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, y en la Direc-

tiva 1995/46/CE [24 de octubre]; y la doctrina constitucional —sistemizada por la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11— es expresiva de que «este derecho fundamental no reduce su protección a los datos íntimos, sino que su objeto es más amplio, refiriéndose a cualquier tipo de dato personal»;

2) Que su contenido «incorpora un poder de disposición y control sobre los datos personales, que constituye parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, y se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Por ello, la recogida y posterior tratamiento de los datos de carácter personal se ha de fundamentar en el consentimiento de su titular, facultad que sólo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional, de modo que esa limitación esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por Ley»;

3) Que «[el] derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución».

III. La doctrina relativa a la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral

La Sala casacional se pronuncia sobre la incidencia de la relación laboral en el ejercicio de los derechos fundamentales, señalando a tal efecto la doctrina mantenida, la cual puede sintetizarse en la forma que lleva a cabo continuación:

1) La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación —para el trabajador— de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como tampoco la libertad de empresa —art. 38 CE— justifica que los empleados «hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales, porque el ejercicio de las facultades organizativas del empresario no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador», de forma que los derechos fundamentales del trabajador «son prevalentes y constituyen un «límite infranqueable» no sólo a facultades sancionadoras del empresario, sino también a sus facultades de organización y de gestión, tanto causales como discrecionales [por todas, SSTC 94/1984, de 16 de octubre;... 171/1989, de 19 de octubre;... 186/1996, de 25 de noviembre;... 196/2004, de

15 de noviembre;... 125/2007 de 21 de mayo; y 56/2008, de 14 de abril, FJ 6º] (SSTS 12/02/13 —rco 254/11—; 08/03/11 —rcud 1826/10—; y SG 18/07/14 —rco 11/13—).

2) En segundo término, y «dada la posición preeminente de los derechos y libertades constitucionales en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo pueda producir en su ejercicio habrá de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin» [SSTC 6/1982, de 21 de enero, FJ 8º; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5º; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2º; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3º; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3º; 98/2000, de 10 de abril, FJ 7º; 80/2001, de 26 de marzo, FJ 3º; 20/2002, de 28 de enero, FJ 4º; 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 7; y 126/2003, de 30 de junio, FJ 7º]. Por lo que, en definitiva, «los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen... que también las facultades organizativas empresariales se encuentren limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetarlos» [STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4º]; y «desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho [SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7º; y 106/1996, de 12 de junio, FJ 4º], bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador [SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7; 6/1995, de 10 de enero, FJ 3º; y 136/1996, de 23 de julio, FJ 7º]» (STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 6º).

3) En síntesis ha de afirmarse, tal como lo hace la Sala casacional, que si bien «por una parte, los derechos fundamentales del trabajador “deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra”;... por otra parte,... también “las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador”». Porque el contrato de trabajo no es título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, porque la centralidad de los derechos fundamentales en el sistema jurídico constitucional determina que limiten el poder de dirección del empresario, y porque las organizaciones empresariales «no forman mundos separados y estancos» de una sociedad que vive conformada por un mismo texto constitucional; y porque las «manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza [art. 1.1 CE; STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2º]». Pero también la

«efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible... con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE» [SSTC 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 7.º; y 56/2008, de 14 de abril, FJ 6.º] (STS de 8 de marzo de 2.011 —rcud 1826/10—).

IV. Argumentaciones en que se fundamenta el recurso

I. Contenido

Mantiene la Empresa recurrente como fundamentos del recurso interpuesto, que la cláusula contractual anulada por la decisión recurrida es ajustada a Derecho desde una triple consideración:

a) Porque el supuesto está exento del consentimiento trabajador, en tanto que los datos a los que se refiere la cláusula «presentan la nota de ser absolutamente indispensables para que el contrato de trabajo pueda desplegar sus efectos», por lo que estaría incurso en la excepción —general— prevista en el art. 6.2 LOPD [«...sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento...»]; y a la par se fundamentan en la previsión —también excusatoria y específica— del art. 2.2 del Reglamento [«dirección... electrónica, teléfono...»];

b) Porque, aparte de esa innecesariedad, la propia literalidad de la cláusula pone de manifiesto —se dice— el expreso consentimiento del trabajador, al evidenciarse [«ambas partes convienen expresamente»] «en todo momento, que su formalización responde a la libre voluntad de las partes»;

c) Porque los datos a que el contrato se refiere —correo electrónico y teléfono—, el art. 2.2 del Reglamento los exceptúa de la protección examinada, pareciendo claro —en todo caso— que «tanto el número de teléfono móvil como la dirección de correo electrónico personal se erigen en datos absolutamente comunes en el tráfico ordinario de las cosas, son necesarios en una dinámica de relaciones laborales normales y, por ello, no se corresponden ni tienen relación alguna con datos o con información que entronque directamente con la esfera más íntima de la persona»; y

d) Porque la empresa ha limitado el uso de tales datos a poner en conocimiento de los trabajadores las cifras correspondientes a anticipos y liquidaciones.

II. Necesidad de la existencia de consentimiento expreso

Sostiene la Sala casacional que contrariamente a lo que en el recurso se sostiene, los datos cuya incorporación al contrato se cuestionan [teléfono-

no móvil/correo electrónico] en manera alguna están exentos del consentimiento del trabajador.

No lo están en la excepción general del art. 6.2 LOPD, porque en absoluto «son necesarios para el mantenimiento o cumplimiento» del contrato de trabajo, como el precepto requiere, y mucho menos como «imprescindibles» a tal efecto, como el recurso llega a afirmar, pues si la cualidad de «necesario» se predica —conforme al DRAE— de aquello que «es menester indispensablemente, o hace falta para un fin», el hecho de que la relación laboral pueda desenvolverse —lo ha venido haciendo hasta las recientes fechas en que tales avances tecnológicos eran inexistentes— sin tales instrumentos, evidencia que no puedan considerarse incluidos en aquella salvedad general.

Al mismo tiempo, tampoco pueden incluirse en la previsión específica que al efecto lleva a cabo el art. 2.2 del RD 1720/2007, por cuanto que la misma se refiere exclusivamente al teléfono y dirección electrónica «profesionales», esto es, los destinadas específicamente a la actividad profesional del trabajador y que han de ser los proporcionados por la empresa para el desarrollo de la actividad laboral del empleado; no los particulares de que los trabajadores pudieran disponer.

III. Inexistencia del consentimiento exigido

Tampoco acepta la Sala el argumento, relativo a que a nadie se le impone ni la adquisición de los instrumentos para proporcionar los datos en cuestión [teléfono móvil; ordenador personal] ni la obligada aportación de los datos [número de teléfono y cuenta de correo]; y que el clausulado evidencia la voluntariedad de su aportación.

Debe partirse del hecho de que la Sala de los Social del Tribunal Supremo no niega que voluntariamente puedan ponerse aquellos datos a disposición de la empresa, pues ello es algo incuestionable; es más, incluso pudiera resultar deseable, dado los actuales tiempos de progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos.

A lo que exclusivamente la Sala mantiene su criterio de oposición es que en el contrato de trabajo se haga constar —como especifica cláusula/tipo— que el trabajador presta su «voluntario» consentimiento a aportar los referidos datos personales y a que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental, y que dadas las circunstancias —se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo— bien puede entenderse que el

consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario [sobre tal extremo, aunque referido a cláusulas de temporalidad, SSTs 20/01/98 —rcud 317/97—; 30/03/99 —rcud 2815/98—; 29/05/00 —rcud 1840/99—; y 18/07/07 —rcud 3685/05—]; de forma que la ausencia de la menor garantía en orden al consentimiento que requiere el art. 6.1 LOPT, determina precisamente que se considere que tal cláusula es nula por atentar contra un derecho fundamental, y que debe excluirse de los contratos de trabajo.

IV. Intrascendencia de los datos y de su utilización

Finalmente la Sala procede a rechazar dos de los argumentos que también emplea el recurso, y que expresamente se refieren a las siguientes cuestiones:

- a) Que los datos corresponden a la vida ordinaria —que no íntima— y;
- b) Que la utilización de los mismos por la empresa se ha limitado a una concreta cuestión laboral [anticipos].

La respuesta que da la Sala a tales planteamientos, se fundamenta en la normativa y doctrina constitucional a la que ha hecho referencia anteriormente por la propia Sala en los Fundamentos Jurídicos 1° y 2° de la presente resolución objeto de comentario, y que se concretan en los siguientes criterios:

- a) El ámbito de la protección va más allá de la intimidad que protegen el art. 18.1 CE y la LOPD, alcanzando la expresión «datos de carácter personal» a «cualquier información concerniente a personas físicas» [art. 3.a) LOPD]; y
- b) Lo que el derecho fundamental protege no solamente es la utilización —indebida— de los datos, sino su propia adquisición, como prueba la exigencia de expreso consentimiento [art. 6.1 LOPD] y como se deduce de la propia doctrina constitucional, al referirse al «poder de disposición y control sobre los datos personales» que «se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles».

4. CONCLUSIONES

La Sentencia llega a la conclusión de que los datos de carácter personal, cuyo conocimiento, uso y destino tienen que quedar siempre bajo el control de su titular, y que por tanto, la incorporación al contrato de una cláusula como la que es objeto de análisis en el presente procedimiento, constituye efectivamente una conducta abusiva, y que consecuentemente con ello, no

puede entenderse que el trabajador haya la haya aceptado, y prestado su consentimiento de una manera libre y voluntaria con relación a los efectos que se derivan de la misma.

Sentencia de 21 de septiembre de 2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA:

Presidente Excmo. Sr. D.: Jesús Gullón Rodríguez

Fecha Sentencia: 21/09/2015

Recurso Núm.: CASACION 259/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 10/09/2015

Procedencia: AUD. NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

Ponente Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Reproducido por: OLM

Recurso Núm.: / 259/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Luis Fernando de Castro Fernández

Votación: 10/09/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

SENTENCIA Núm.:

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

Excmos. Sres.:

D. Fernando Salinas Molina

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

En la Villa de Madrid, a veintiuno de septiembre de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación interpuesto por la representación de UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO, SA frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictada en fecha 28/enero/2014 [autos 435/2013], a instancia de FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CCOO), contra la empresa UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIOS, SA, siendo partes interesadas: FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRA-

BAJADORES (FES-UGT), USO, CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALLEGA (CIG), sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández,

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.— Por la representación procesal de FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CCOO), se planteó demanda sobre CONFLICTO COLECTIVO, de la que conoció de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia: “por el que en definitiva se declare la nulidad de las citadas cláusulas”.

SEGUNDO.— Admitida a tramite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO.— Con fecha 28 de enero de 2014 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que debemos estimar y estimamos la demanda formulada por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CCOO), contra la empresa UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIOS, S. A., siendo partes interesadas: – FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT), – USO, – CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO – CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALLEGA (CIG), sobre conflicto colectivo. declaramos la nulidad de las cláusulas impugnadas y debemos

condenar y condenamos a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración”.

CUARTO.— En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: “Primero.— la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras, sindicato con implantación en la empresa demandada, está integrada en la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, organización sindical con la consideración de más representativa a nivel estatal. Segundo.— Que el presente conflicto colectivo afecta a trabajadores de la empresa que realizan su prestación laboral en centros de trabajo situados en un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma. Tercero.— Que la citada empresa pertenece al sector de Empresas del sector de Contact Center y por tanto se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de ámbito Estatal del Sector de Contact Center (antes telemarketing) (Código de convenio número 99012145012002), que fue suscrito con fecha 23 de mayo de 2012, de una parte, por la asociación empresarial Asociación de Contact Center Española (ACE), en representación de las empresas del sector, y de otra, por los sindicatos CCOO y FES-UGT, en representación de los trabajadores, BOE nº 179 de 27 de julio de 2012, publicado por Resolución de 12 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo. Cuarto.—Que la empresa demandada desde hace más de un año está incorporando una cláusula en los contratos de trabajo nuevos que dice: “Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible” Quinto.— Que con fecha 1 de abril de 2013, la parte demandante presentó denuncia en la Inspección de Trabajo por este motivo y cuya copia se acompaña como DOCUMENTO número uno (descripción 2) Sexto.— La Inspección de

trabajo inicia las actuaciones correspondientes, y con fecha 15 de abril 2013 procede a realizar un acta de advertencia en el libro de visitas de la empresa, en los siguientes términos: “Se advierte a la empresa que la cláusula nº 10 del anexo I que incluye en los contratos de trabajo no le exige el cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la normativa legal vigente en materia de extinción del contrato de trabajo, modificación de condiciones de trabajo, etc.” En cuanto a la calificación por parte de la Inspección de tal cláusula como abusiva decir que es un principio general del derecho que las cláusulas abusivas se tienen por no puestas, sin perjuicio de lo cual, conforme a la legislación vigente, su 5 calificación como tal y consecuente nulidad corresponde declararla a los órganos jurisdiccionales. En consecuencia, se dan por concluidas las presentes actuaciones” tal y como se acredita con el oficio/informe con fecha de salida de la Inspección 13/5/2013, (documento número dos de la parte actora descripción 3) Séptimo.— Que a partir de finales del mes de abril pasado, la empresa ha variado esta cláusula, siendo el texto actual el siguiente: “Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, sin menoscabo del cumplimiento por parte de la empresa de los requisitos formales exigidos por la normativa laboral vigente, y según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible”. Octavo.— En el mes de julio la empresa ha vuelto incorporar la siguiente cláusula: “Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con

respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente e inmediata” (documento número 2 de CGT aportado en el acto del juicio). Noveno.— Que, se ha celebrado intento de mediación ante el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje en fecha 24 de septiembre de 2013 que finalizó teniendo como resultado el intento sin efecto. (Lo que se acredita con el documento número 3 de la parte actora, descripción 4 y el documento número 4 de CGT. Se han cumplido las previsiones legales”.

QUINTO.— Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO, SA amparándose en el siguiente motivo: “Al amparo del artículo 207.e) de la LRSJ alega la vulneración de los artículos 4º 1 y 2 y 6º y 1 y 2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (Ley 15/99), del artículo 2.2. del Reglamento de desarrollo de dicha Ley (RD 1720/2007 y del artículo 7.2 del Código Civil”.

SEXTO.— Por providencia de ésta Sala se procedió a admitir a trámite el citado recurso y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 10 de septiembre de 2015, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.—1.— El objeto del proceso.— La cuestión que se debate en las presentes actuaciones se reduce a determinar la validez de una cláusula/tipo que la empresa demandada —UNISONO— incluye en los contratos de trabajo y que, con ligeras variantes introducidas en el tiempo, refiere —última versión— que las «partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico... según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto» y que «cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente e inmediata».

2.— La sentencia recurrida.— La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en sentencia de 28/enero/2014 [dem. 428/13 acogió demanda de conflicto colectivo presentada por «COMFIA-CCOO» y «CGT», declarando la nulidad de la referida cláusula en sus diferentes versiones.

3.— Los términos del recurso.— Decisión de la que discrepa la empresa, cuyo recurso contiene un primer apartado, bajo la denominación de «consideraciones preliminares», en el que efectúa algunas precisiones de índole fáctica que —como atinadamente observa el Ministerio Fiscal— en todo caso debieran haber sido articuladas como motivo revisorio; y ya en el apartado de infracción jurídica, el recurso denuncia:

a).— La vulneración del art. 6 LOPD, porque si bien en su apartado 1 el precepto subordina el tratamiento de datos de carácter personal a inequívoco consentimiento del afectado, su apartado 2 exime de tal regla a «los datos de carácter personal que surgen en el ámbito de una relación laboral y son necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de ésta».

b).— La infracción del art. 2.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, que excluye de la referida protección —en el marco de tales relaciones laborales— a «la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales».

c).— La conculcación del art. 4 LOPT, en tanto que el mismo «consagra la necesidad de que el uso de los datos de carácter personal sea adecuado, pertinente y no excesivo en relación con las finalidades para las que se hubieran obtenido».

d).— La transgresión del art. 7.2 CC, porque «delimita con precisión los contornos de la figura jurídica de abuso del derecho».

4.— Esquema de nuestra decisión.— Una vez reproducida la cláusula que en el presente procedimiento se cuestiona y expuestos los términos en que la empresa impugna la sentencia de la Audiencia Nacional, el adecuado examen del recurso por fuerza ha de partir —primer paso— de la exposición de la normativa de cuya aplicación tratamos [Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13/diciembre; y Reglamento aprobado por RD 1720/2007, de 21/diciembre]; para acto continuo —segundo

punto— referir la doctrina constitucional interpretativa de aquellas disposiciones legales; exponer posteriormente —tercer paso— la doctrina relativa a la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral; y finalmente —conclusión— aplicar la precedente exposición al caso enjuiciado, atendiendo a las concretas denuncias y argumentaciones del recurso, y valorando las circunstancias concurrentes.

SEGUNDO.— 1.— Normativa reguladora.— La LOPD contiene dos disposiciones claramente atinentes al caso:

a).— El art. 3.a) dispone que se entenderá por «datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables».

b).— De acuerdo con el art. 6, «1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. 2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal... se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento...».

Por su parte, el art. 2.2 del Reglamento aplicativo [RD 1720/2007, de 21/diciembre], señala que «Este Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales».

2.— Doctrina constitucional interpretativa.—

Recuerda el Tribunal Constitucional —SSTC 96/2012, de 7/mayo, FJ 6; 217/2013, de 31/enero, FJ 4; y 151/2014, de 25/septiembre, FJ 7—:

a).— Que el derecho a la protección de los datos de carácter personal que deriva del art. 18.4 CE, consagra «en sí mismo un derecho o libertad fundamental» [SSTC 254/1993, de 20/julio, FJ 6; y 254/2000, de 30/noviembre, FJ 5, entre otras] y de carácter «autónomo a controlar el flujo de

informaciones que conciernen a cada persona» [STC 11/1998, de 13/enero, FJ 5], y también está reconocido en el art. 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, en el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, y en la Directiva 1995/46/CE [24/octubre]; y la doctrina constitucional —sistematizada por la STC 292/2000, de 30/noviembre, FJ 11— es expresiva de que «este derecho fundamental no reduce su protección a los datos íntimos, sino que su objeto es más amplio, refiriéndose a cualquier tipo de dato personal»;

b) Que su contenido «incorpora un poder de disposición y control sobre los datos personales, que constituye parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, y se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Por ello, la recogida y posterior tratamiento de los datos de carácter personal se ha de fundamentar en el consentimiento de su titular, facultad que sólo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional, de modo que esa limitación esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por Ley»;

c).— Que «[e]l derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución».

3.— Los derechos fundamentales en la relación laboral.— Sobre la incidencia de la relación laboral en el ejercicio de los derechos fundamentales, la doctrina al efecto mantenida puede sintetizarse en la forma que sigue:

a).— La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación —para el trabajador— de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como tampoco la libertad de em-

presa —art. 38 CE— justifica que los empleados «hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales, porque el ejercicio de las facultades organizativas del empresario no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador», de forma que los derechos fundamentales del trabajador son prevalentes y constituyen un «límite infranqueable» no sólo a facultades sancionadoras del empresario, sino también a sus facultades de organización y de gestión, tanto causales como discrecionales [por todas, SSTC 94/1984, de 16/octubre;... 171/1989, de 19/octubre;... 186/1996, de 25/noviembre;... 196/2004, de 15/noviembre;... 125/2007 de 21/mayo; y 56/2008, de 14/abril, FJ 6] (SSTS 12/02/13 —rco 254/11—; 08/03/11 —rcud 1826/10—; y SG 18/07/14 —rco 11/13—).

b).— «Dada la posición preeminente de los derechos y libertades constitucionales en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo pueda producir en su ejercicio habrá de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin» [SSTC 6/1982, de 21/enero, FJ 8; 106/1996, de 12/junio, FJ 5; 204/1997, de 25/noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12/enero, FJ 3; 90/1999, de 26/mayo, FJ 3; 98/2000, de 10/abril, FJ 7; 80/2001, de 26/marzo, FJ 3; 20/2002, de 28/enero, FJ 4; 213/2002, de 11/noviembre, FJ 7; y 126/2003, de 30/junio, FJ 7]. Por lo que, en definitiva, «los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen... que también las facultades organizativas empresariales se encuentren limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetarlos» [STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4]; y «desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho [SSTC 99/1994, de 11/abril, FJ 7; y 106/1996, de 12/junio, FJ 4], bien de una acreditada necesidad o interés empresarial,

sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador [SSTC 99/1994, de 11/abril, FJ 7; 6/1995, de 10/enero, FJ 3; y 136/1996, de 23/julio, FJ 7]» (STC 181/2006, de 19/junio, FJ 6).

c).— En síntesis ha de afirmarse que si bien «por una parte, los derechos fundamentales del trabajador “deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra”;... por otra parte,... también “las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador”». Porque el contrato de trabajo no es título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, porque la centralidad de los derechos fundamentales en el sistema jurídico constitucional determina que limiten el poder de dirección del empresario, y porque las organizaciones empresariales «no forman mundos separados y estancos» de una sociedad que vive conformada por un mismo texto constitucional; y porque las «manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza [art. 1.1 CE; STC 88/1985, de 19/julio, FJ 2]». Pero también la «efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible... con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE» [SSTC 151/2004, de 20/sep-tiembre, FJ 7; y 56/2008, de 14/abril, FJ 6] (STS 08/03/11 —rcud 1826/10—).

TERCERO.- 1.- Las argumentaciones recurrentes.— Mantiene el recurso que la cláusula contractual anulada por la decisión recurrida es ajustada a Derecho desde una triple consideración:

a).— Porque el supuesto está exento del consentimiento trabajador, en tanto que los datos a los que se refiere la cláusula «presentan la nota de ser absolutamente indispensables para que el contrato de trabajo pueda desplegar sus efec-

tos», por lo que estaría incurso en la excepción —general— prevista en el art. 6.2 LOPD [«... sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento...»]; y a la par se fundamentan en la previsión —también excusatoria y específica— del art. 2.2 del Reglamento [«dirección... electrónica, teléfono...»];

b).— Porque, aparte de esa innecesariedad, la propia literalidad de la cláusula pone de manifiesto —se dice— el expreso consentimiento del trabajador, al evidenciarse [«ambas partes convienen expresamente»] «en todo momento, que su formalización responde a la libre voluntad de las partes»;

c).— Porque los datos a que el contrato se refiere —correo electrónico y teléfono—, el art. 2.2 del Reglamento los exceptúa de la protección examinada, pareciendo claro —en todo caso— que «tanto el número de teléfono móvil como la dirección de correo electrónico personal se erigen en datos absolutamente comunes en el tráfico ordinario de las cosas, son necesarios en una dinámica de relaciones laborales normales y, por ello, no se corresponden ni tienen relación alguna con datos o con información que entronque directamente con la esfera más íntima de la persona»; y

d).— Porque la empresa ha limitado el uso de tales datos a poner en conocimiento de los trabajadores las cifras correspondientes a anticipos y liquidaciones.

2.- Necesidad de expreso consentimiento.— Contrariamente a lo que en el recurso se sostiene, los datos cuya incorporación al contrato se cuestionan [teléfono móvil/correo electrónico] en manera alguna están exentos del consentimiento del trabajador.

No lo están en la excepción general del art. 6.2 LOPD, porque en absoluto «son necesarios para el mantenimiento o cumplimiento» del contrato de trabajo, como el precepto requiere, y mucho menos como «imprescindibles» a tal efecto, como el recurso llega a afirmar, pues si la cualidad de «necesario» se predica —conforme al DRAE— de aquello que «es menester indispensablemente, o hace falta para un fin», el hecho de que la relación laboral pueda desenvolver-

se —lo ha venido haciendo hasta las recientes fechas en que tales avances tecnológicos eran inexistentes— sin tales instrumentos, evidencia que no puedan considerarse incluidos en aquella salvedad general.

Pero tampoco pueden incluirse en la previsión específica que al efecto lleva a cabo el art. 2.2 del RD 1720/2007, por cuanto que la misma se refiere exclusivamente al teléfono y dirección electrónica «profesionales», esto es, las destinadas —específicamente— a la actividad profesional del trabajador y que —parece obvio— han de ser los proporcionados por la empresa para el desarrollo de la actividad laboral del empleado; no los particulares de que los trabajadores pudieran disponer.

3.- Inexistencia del exigido consentimiento.— Tampoco podemos aceptar el distorsionado planteamiento que de la cuestión litigiosa hace el recurso, cuando argumenta que a nadie se le impone ni la adquisición de los instrumentos para proporcionar los datos en cuestión [teléfono móvil; ordenador personal] ni la obligada aportación de los datos [número de teléfono y cuenta de correo]; y que el clausulado evidencia la voluntariedad de su aportación.

Este Tribunal en absoluto niega que voluntariamente puedan ponerse aquellos datos a disposición de la empresa, pues ello es algo incuestionable; es más, incluso pudiera resultar deseable, dado los actuales tiempos de progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos. A lo que exclusivamente nos oponemos es que en el contrato de trabajo se haga constar —como específica cláusula/tipo— que el trabajador presta su «voluntario» consentimiento a aportar los referidos datos personales y a que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental, y que dadas las circunstancias —se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo— bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario [so-

bre tal extremo, aunque referido a cláusulas de temporalidad, SSTs 20/01/98 —rcud 317/97—; 30/03/99 —rcud 2815/98—; 29/05/00 —rcud 1840/99—; y 18/07/07 —rcud 3685/05—; de forma que la ausencia de la menor garantía en orden al consentimiento que requiere el art. 6.1 LOPT, determinó precisamente que la sentencia recurrida —y ahora esta Sala— consideren que tal cláusula es nula por atentar contra un derecho fundamental, y que debe excluirse de los contratos de trabajo.

4.- Intrascendencia de los datos y de su utilización.— En último término hemos de rechazar dos de los argumentos que —parece que a mayor abundamiento— también emplea el recurso: que los datos corresponden a la vida ordinaria —que no íntima— y que la utilización de los mismos por la empresa se ha limitado a una concreta cuestión laboral [anticipos].

La contestación —sucinta— a tales planteamientos viene dada por la normativa y doctrina constitucional más arriba indicadas [FJ segundo.1 y 2]: a) el ámbito de la protección va más allá de la intimidad que protegen el art. 18.1 CE y la LOPD, alcanzando la expresión «datos de carácter personal» a «cualquier información concerniente a personas físicas» [art. 3.a) LOPD]; y b) lo que el derecho fundamental protege no solamente es la utilización —indebida— de los datos, sino su propia adquisición, como prueba la exigencia de expreso consentimiento [art. 6.1 LOPD] y como refiere —con meridiana claridad— la doctrina constitucional, al referirse al «poder de disposición y control sobre los datos personales» que «se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles». Como oportunamente indica el razonado informe del Ministerio Fiscal, «[n]os encontramos ante unos datos de carácter personal, cuyo conocimiento, uso y destino tiene que quedar bajo el control de su titular»; y la incorporación al

contrato de una cláusula como la cuestionada «supone una conducta abusiva y no puede entenderse que el trabajador haya prestado su consentimiento de una manera libre y voluntaria».

TERCERO.— Las precedentes consideraciones nos llevan a desestimar el recurso y a confirmar en su integridad la sentencia recurrida, tal como sostiene el Ministerio público. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de «UNÍSONO, SOLUCIONES DE NEGOCIO, SA» y confirmamos la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 28/enero/2014 [dem. 428/13], a instancia de la «CONFEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS» y la «CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES», contra la referida empresa, la «FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES», «UNIÓN SINDICAL OBRERA» y «CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA».

Lo que se resuelve sin imposición de costas a la recurrente.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.— En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico. El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONSTITUCIONAL

M^a JOSEFA RIDAURA MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Constitucional (acrd. a Cátedra). Universidad de Valencia

(Tol 5523770)

Cabecera: Sentencia 182/2015, de 7 de septiembre de 2015. Vulneración del derecho a la libertad personal: resolución judicial tardía y fundada en una interpretación de los plazos de ratificación de la medida de internamiento involuntario contraria a la efectividad del derecho fundamental afectado.. Stc 182/2015, de 7 de septiembre de 2015

Jurisdicción: Constitucional

Ponente: *Pedro González-Trevijano Sánchez*

Origen: Tribunal Constitucional

Fecha: 07/09/2015

Fecha publicación: 13/10/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Número Sentencia: 182/2015

Número Recurso: 5924/2014

Supuesto de hecho: Recurso de amparo 5924-2014. Promovido por el Ministerio Fiscal respecto de las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial y un Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas en procedimiento de internamiento psiquiátrico no voluntario.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (ART. 17 CE): DETERMINACIÓN DE *DIES A QUO* PARA LA RATIFICACIÓN JUDICIAL DEL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO EN CENTRO PSIQUIÁTRICO

I.- La Sentencia 182/2015, de 7 de septiembre, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, resuelve el Recurso de Amparo núm. 5924-2014, promovido por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 18 de junio de 2014, en cuya virtud el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas ratificó el internamiento no voluntario de M.I.F.E. por trastorno psíquico; y contra el Auto de 28 de julio de 2014, en cuya virtud la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó el recurso de apelación que fue deducido por el Ministerio Fiscal frente a la primera de las resoluciones citadas.

El recurso tiene como objeto principal determinar la vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1) provocada por la interpretación

del término inicial del plazo de setenta y dos horas que, para la ratificación judicial del internamiento no voluntario, establece el art. 763.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Considerando el recurrente que una indebida extensión del infranqueable límite temporal fijado en el citado precepto redundaba en el menoscabo de las garantías establecidas respecto de los internamientos involuntarios motivados por alteraciones psíquicas.

Resulta de interés resaltar que el recurso de amparo no lo interpone la titular del derecho fundamental vulnerado, sino el Ministerio Fiscal; órgano al que el propio texto constitucional (art. 162.1.b) y la LOTC (art. 46.1.b) confieren legitimación para interponerlo; reconociendo, en este caso, el TC que su legitimación resulta incuestionable ya que su intervención como parte demandante se anuda a la protección del derecho a la libertad personal, en la dimensión que le confiere el art. 17.1 CE.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo al considerar que las resoluciones judiciales combatidas vulneran el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) de M.I.F.E., ya que el intervalo entre la comunicación efectuada por el centro hospitalario y el órgano judicial excedió el plazo legalmente establecido. Destacando, principalmente que la determinación del *dies a quo* del plazo para la ratificación del internamiento no puede quedar a “expensas de factores volubles e indeterminados, como el reparto de asuntos o la ausencia de servicios de guardia en el juzgado, pues ello es incompatible con los principios de certidumbre y taxatividad inherentes a cualquier medida privativa de libertad”.

Aunque la Sentencia declara, en virtud del art. 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la nulidad de las resoluciones recurridas con carácter **meramente declarativo**, tal y como solicitaba el Ministerio Fiscal, al haberse producido el alta clínica de M.I.F.E. en fecha 14 de julio de 2014. Esta Sentencia se adopta por unanimidad, sin que, por tanto, se formulara ningún voto particular ni concurrente.

II. La sentencia comentada goza de interés especial, ya que **esta es la primera ocasión**, y en ello justifica el Tribunal la especial trascendencia constitucional del presente recurso, en que se demanda del Tribunal un pronunciamiento sobre la eventual lesión del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1), **a causa de una errónea interpretación sobre el *dies a quo* del límite máximo del que dispone la autoridad judicial para ratificar o revocar el internamiento psiquiátrico acordado extrajudicialmente** (FJ 4). Así pues, esta Sentencia viene a aclarar una faceta de un derecho fundamental (a la libertad personal) sobre la cual no había doctrina constitucional, de ahí su especial relevancia.

III. En esta Sentencia se trata de determinar si la superación de los límites temporales del internamiento involuntario ha provocado una vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17 CE). Y es desde esta perspectiva de la vulneración de un derecho fundamental sustantivo desde la que el Tribunal Constitucional enjuicia cuando debe comenzar el plazo para ratificar el internamiento involuntario. Esto es, la respuesta del Tribunal se proyecta sobre si la exégesis realizada por las resoluciones recurridas son respetuosas con el sistema de garantías que el legislador ha diseñado, mediante la instauración de los plazos máximos contemplados en el art. 763.1 LEC, para acomodar la privación de libertad por razón de trastorno psíquico a las exigencias impuestas por el art. 17.1 CE.

Hemos de destacar que el derecho a la libertad y a la seguridad consagrado en el art. 17 CE se concreta en el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos por la Ley; mientras que la seguridad implica la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas como la detención u otras similares adoptadas arbitraria o ilegalmente; estableciendo el propio precepto un límite de 72 horas.

En el caso analizado, la persona privada de libertad es una menor que ingresa en el Centro hospitalario universitario insular materno infantil de Las Palmas de Gran Canaria, primero voluntariamente el día 11 de junio de 2014, pasando a ser involuntario el día 13 del indicado mes y año.

El propio Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé como una de las causas de privación de libertad previstas en la ley el internamiento en centros psiquiátricos (art. 5.1. e), estableciendo las garantías que deben rodear todo el proceso de dicha pérdida de libertad, que ha de cumplir unas condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp). Dichas condiciones garantizan que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto. Así pues, el derecho a la libertad y seguridad personal resulta aplicable a todas las formas de privación de libertad, incluida la derivada de enfermedades mentales

Sobre el carácter de dicho plazo se detiene el Tribunal constitucional en su argumentación al clarificar las exigencias básicas derivadas del derecho a la libertad personal, en relación con los plazos establecidos en el art. 763.1 LEC, extrayendo las siguientes consideraciones: (a) la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo; (b) Plazo que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las 72 horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales;

(c) Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. (d) la importancia del plazo de setenta y dos horas del que, como máximo, dispone el órgano judicial es capital, deriv constitucionalidad de la doctrinados los plazos constitucionales y legales. Pues, en que se produce la privación de libertad de su incumplimiento consecuencias.

IV. En el caso que estamos analizando la privación de libertad de la menor se produce en un centro hospitalario que, primero ingresa voluntariamente, y que con posterioridad ese ingreso se convierte en involuntario. Es pues, este el momento en que se produce la privación de la libertad siendo de aplicación el artículo 763 LEC que regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

Tal y como dispone este precepto, dicho internamiento requiere autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. El responsable del centro en que se hubiera producido el internamiento deberá dar cuenta al Tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, **dentro del plazo máximo de veinticuatro horas**, a los efectos de que se proceda a la efectiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en **el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del Tribunal**.

Entorno a la interpretación de estos plazos se sitúa la disputa que, satisfactoriamente desde nuestro punto de vista resuelve la Sentencia. En efecto, las resoluciones judiciales recurridas en amparo por el Ministerio Fiscal interpretan dicho precepto de tal forma que la menor permanece privada de libertad en el centro hospitalario durante seis días. En efecto:

(a) Como destacan tanto el Ministerio Fiscal como la propia Sentencia, el responsable del centro respetó el plazo de las 24 horas en la comunicación al órgano judicial competente del ingreso en el centro de la menor desde que éste pasó de voluntario a involuntario. Plazo que como recuerda el Tribunal no es máximo, no teniendo porqué agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. Esta comunicación al tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que *justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las 24 horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad*.

(b) Desde esta comunicación, el apartado segundo del art. 763 LEC establece que tribunal competente” deberá ratificar el internamiento, en su caso, dentro del plazo máximo de 72 horas.

Y es, precisamente, en el cómputo de este plazo donde las resoluciones recurridas justifican su actuación. Su exégesis conduce a plantearse si el cómputo comienza a contar desde que el centro médico comunica el internamiento al Decanato, o desde que se reparte el asunto al tribunal competente para resolverlo.

Las resoluciones recurridas aducen ya que hay un lapso de tiempo desde que el Decanato —habiendo recibido la comunicación del responsable del centro— lo asigna al órgano judicial competente, hasta el momento en que se produce el efectivo ingreso del asunto en el Juzgado correspondiente. Problema que se plantea en las demarcaciones judiciales en las que hay más de un órgano judicial competente, en las que debe realizarse el oportuno reparto.

Las resoluciones recurridas mantienen una interpretación del art. 763 LEC de acuerdo con la cual ese lapso es compatible con el límite temporal que el art. 17 CE establece respecto de las detenciones gubernativas y con la doctrina constitucional. De dicha interpretación realizada por el Juzgado y por la Audiencia se colige que entre la fecha de internamiento involuntario y la fecha de la ratificación judicial **pueden llegar a transcurrir hasta seis días**. Ya que al plazo de 24 horas con que cuenta el centro psiquiátrico para notificar el internamiento no voluntario y al de 72 horas del que dispone el juez para ratificar la medida privativa de libertad, **se suma un nuevo término** cuya duración viene determinada por el tiempo que el Decanato tarde en remitir el asunto al órgano judicial que corresponda por reparto, si bien ese lapso no podrá exceder de 72 horas a contar desde que se produjo el internamiento involuntario.

Por tanto, implica que sólo puede que la comunicación del centro llega a conocimiento del Tribunal (art. 763) cuando realmente la recibe el órgano judicial competente para resolver el caso; siendo éste el momento en el que comienza a transcurrir el plazo para la ratificación del internamiento.

Ese lapso que media entre la comunicación del internamiento involuntario al Decanato por parte del responsable del centro y el reparto del asunto al órgano judicial competente se considera extrajudicial, y por tanto, tiene carácter gubernativo, según la interpretación de estos órganos judiciales.

(c) Ciertamente con esta exégesis se superan palmariamente todos los plazos constitucionales y legales. En definitiva, la justificación de un tránsito entre la comunicación —en regla— del responsable del centro y su recepción por el órgano judicial competente, viene a desbordar toda garantía constitucional que acompaña ineludiblemente a la privación de libertad. Contraviniendo la consolidada doctrina constitucional de que los plazos son improrrogables, no pudiendo mantenerse el confinamiento de una persona

si una vez expirado el plazo no se ha ratificado la medida, no pudiendo aducirse dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora.

Debemos, pues, resaltar la labor del Ministerio Fiscal en el presente caso, al recurrir en amparo las resoluciones que permiten, debido a la exégesis mantenida, la permanencia de la menor durante seis días. En su recurso, primero frente al Auto del Juzgado de Primera Instancia, mantenida también frente al Auto de la Audiencia Provincial, advierte con claridad que si bien el responsable del centro dentro del plazo máximo de veinticuatro horas remitió un fax al Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de la Las Palmas, en el cual hizo constar que el internamiento se transformó en involuntario a partir del día 13 de junio de 2014. Sin embargo, el órgano judicial al que le fue turnado el asunto no resolvió dentro del límite temporal señalado en el indicado precepto, pues hasta el día 18 de junio no ratificó, por medio de Auto, la pertinencia de la retención hospitalaria.

Considerando el Fiscal que dicha interpretación aboca a una prolongación del plazo de 72 horas previsto en el art. 763.1 LEC, puesto que el inicio del cómputo del término para ratificar el internamiento pasaría de depender de la mayor o menor celeridad en el reparto del asunto, de manera que la garantía del derecho a libertad personal quedaría a merced de factores aleatorios.

V. El Tribunal no se circunscribe a calibrar la racionalidad de la interpretación judicial sobre el contenido y alcance de un precepto legal como es el art. 673 LEC, sino a dilucidar la vulneración del derecho a la libertad personal. En este sentido, la Sala Segunda habiendo subrayado en los Fundamentos Jurídicos que las garantías derivadas del art. 17 Ce son insoslayables, otorga el amparo.

Su pronunciamiento merece una valoración altamente positiva. Y es que, toma como parámetros para la adopción del fallo la obligada pauta interpretativa que propicia la mayor efectividad de los derechos y la correlativa interpretación restrictiva de sus límites. Su argumentación y su fallo se sustentan sobre los siguientes argumentos:

– No es posible acoger favorablemente la interpretación que las resoluciones recurridas, pues, tal y como apunta el Ministerio Fiscal, parece que la interpretación efectuada por éstos pretende conciliar los plazos estatuidos en el art. 763.1 LEC con los condicionantes impuestos por la infraestructura del reparto de asuntos, principalmente derivados de la ausencia de un servicio de guardia durante los fines de semana.

– La determinación del *dies a quo* del plazo para la ratificación judicial del internamiento no puede quedar a expensas de un factor voluble e in-

determinado, lo cual es incompatible con los principios de certidumbre y taxatividad inherentes a cualquier medida privativa de libertad.

– La interpretación constitucionalmente adecuada del segundo párrafo del art. 763.1 LEC no admite solución de continuidad entre la comunicación del internamiento involuntario, por parte de la autoridad médica, y el inicio del plazo de 72 horas estatuido para la ratificación judicial de esa medida, **ni permite intercalar plazos implícitos** entre esos dos acontecimientos procesales.

Como advierte el Tribunal, si se admitiera tal posibilidad, el rigor hermenéutico con que se han de abordar las limitaciones del derecho a la libertad personal quedaría sustancialmente atenuado, con el consiguiente detrimento de las garantías establecida en el art. 17.1 CE.

VI. La Sentencia objeto de comentario supone un nuevo eslabón en la garantía constitucional del derecho a la libertad personal. Su especial trascendencia se encuentra, como hemos apuntado en que aborda un tema sobre el que no había doctrina constitucional.

Debemos puntualizar que el Tribunal Constitucional se había pronunciado ya sobre las exigencias básicas derivadas del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) en relación con los plazos establecidos en el art. 763.1 LEC., de acuerdo con el cual el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento debe dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, **dentro del plazo de veinticuatro horas**, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida (STC 141/2012).

De esta doctrina constitucional conviene subrayar que:

(a) El plazo de las 24 horas comienza a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto contra su voluntad. Incluso cuando la persona haya ingresado voluntariamente en el centro y, posteriormente, decide abandonarlo, es el momento en el que se vuelve involuntario cuando comienza a correr el cómputo de las 24 horas para su comunicación al órgano judicial competente.

El interprete judicial no puede ampliar por si mismo, sin soporte legal, este plazo de 24 horas de que dispone el responsable del centro para comunicar el internamiento. Dicha ampliación, cómo máximo hasta las 72 horas, sólo podría hacerla el legislador orgánico en virtud del 17.2 CE.

(b) desde que tiene lugar la comunicación del responsable del centro ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial.

La doctrina constitucional existente hasta el momento se centraba en al cómputo del plazo de las 24 horas para la comunicación por parte del res-

ponsable del centro al órgano judicial competente. Mientras que la cuestión que dirime la Sentencia objeto de comentario nos traslada al cómputo de los **dies a quo del límite máximo del que dispone el órgano judicial para ratificar o revocar el internamiento psiquiátrico acordado extrajudicialmente**. Cuestión, que si bien está estrechamente ligada a la anterior, aborda una faceta nueva, sobre la que el Tribunal Constitucional no se había pronunciado hasta el momento. En consecuencia, tanto la necesidad de abordar constitucionalmente este problema, como el tratamiento que del mismo lleva a cabo la Sala Segunda del Tribunal constitucional nos merecen una valoración altamente positiva.

A la exigencia de que la decisión de internamiento, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, sólo puede ser acordada judicialmente y el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica (132/2010, de 2 de diciembre), se añade la interpretación del cómputo de los diez a quo del límite máximo del que dispone el órgano judicial para ratificar o revocar el internamiento psiquiátrico acordado extrajudicialmente. Así pues esta Sentencia 182/ 2015 viene a aclarar su correcta interpretación de acuerdo con nuestro texto constitucional.

Con ello cierra las posibles prácticas derivadas de exégesis que contraviene los límites temporales que el texto constitucional permite —siempre como máximos— para la privación de libertad. Pues, hacer recaer en la persona privada de libertad las carencias del funcionamiento judicial no se acomoda con las exigencias que deben respetarse siempre en relación con la limitación de un derecho fundamental, ya que dichas limitaciones han de interpretarse siempre restrictivamente y en el sentido más favorable a la efectividad del derecho. De ahí que no pueda admitirse una interpretación que permita a los órganos jurisdiccionales **intercalar plazos implícitos**, que conducen a rebasar los improrrogables plazos establecidos constitucionalmente.

Sentencia de 7 de septiembre de 2015

ENCABEZAMIENTO:

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro González-Treviño Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, han pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY
la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5924-2014, promovido por el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha 28 de julio de 2014, dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las

Palmas (rollo de apelación núm. 524-2014), en cuya virtud se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas, de fecha 18 de junio de 2014, recaído en el procedimiento de internamiento psiquiátrico no voluntario núm. 582-2014. Ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González-Trevijano Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. Mediante escrito de fecha 2 de octubre del 2014, el Fiscal interpuso recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.
2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son los siguientes:
 - a) En fecha 13 de junio de 2014, el jefe del servicio de psiquiatría de la unidad de internamiento breve del complejo hospitalario universitario insular materno infantil de Las Palmas de Gran Canaria comunicó al Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de la referida ciudad, mediante fax recibido a las 11:55 horas del referido día, que la paciente M.I.F.E. se encontraba ingresada en el citado centro, a causa de la descompensación psicótica que padecía. En el mismo escrito daba cuenta que el ingreso se había producido voluntariamente el día 11 de junio de 2014, pasando a ser involuntario el día 13 del indicado mes y año.
 - b) La anterior comunicación se registró en el Decanato en fecha 13 de junio de 2014 y fue repartida el mismo día, con el número 7446-2014, al Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas. No obstante, según refleja el sello estampado en la referida comunicación, hasta el 16 de junio del 2014 el asunto no tuvo entrada en el referido Juzgado. Por decreto de fecha 16 de junio de 2014, el indicado órgano judicial acordó la incoación de procedimiento de internamiento no voluntario núm. 582-2014. En la misma resolución se dispuso el examen de la paciente, para el día 18 de junio de 2014 y la emisión del preceptivo dictamen facultativo.
 - c) En fecha 18 de junio de 2014, el Fiscal emitió dictamen oponiéndose a la ratificación judicial del internamiento no voluntario. En esencia, fun-

dó su oposición en dos argumentos: en primer lugar, que el centro psiquiátrico incumplió la obligación de comunicar el ingreso a la autoridad judicial dentro del plazo de veinticuatro horas; en segundo término, consideró que había transcurrido el plazo máximo de setenta y dos horas previsto legalmente para la ratificación judicial del internamiento urgente.

d) Por Auto de fecha 18 de junio de 2014, el órgano judicial ratificó el internamiento de M.I.F.E. y, asimismo, resolvió que se informara con periodicidad semestral sobre el estado y evolución de la paciente ingresada. En su resolución, el juzgado desestimó las alegaciones formuladas por el Ministerio Fiscal, con base en las siguientes consideraciones reflejadas en el fundamento jurídico 2:

«[N]o es cierto que la comunicación del hospital se haya realizado transcurrido el plazo de las 24 horas. Al efecto basta leer dicha comunicación para advertir que se hace constar que MIFE ingresó el día 11 de junio en condición de voluntaria, de manera que es cuando pasa a situación de involuntaria (el día 13 de junio) cuando se formula la comunicación por el centro hospitalario. En cuanto a la circunstancia de haberse superado el plazo de 72 horas, la comunicación del internamiento involuntario se realizó a este juzgado el día 16 de junio. De manera que sólo han transcurrido 48 horas desde entonces»

e) Notificada la anterior resolución al Fiscal, en fecha 20 de junio de 2014, éste interpuso recurso de apelación. En dicha impugnación alegó la infracción de los arts. 17.1 CE y 763.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), puesto que se había incumplido el plazo de 72 horas previsto en este último precepto, contado desde que la autoridad médica comunicó el internamiento no voluntario a la autoridad judicial. En su escrito alegó que la comunicación se recibió a las 11:55 horas del día 13 de junio de 2014 en el Decanato de los Juzgados de Las Palmas; por ello, la paciente permaneció ingresada de modo involuntario y sin ningún control judicial durante el período que abarca desde las 11,55 horas del día 13 de junio hasta el día 18 de junio, fecha esta en la que se dictó Auto ratificando el internamiento no voluntario,

cuando ya habían transcurrido cinco días desde la comunicación del referido internamiento.

f) Remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, se acordó la incoación de rollo de apelación núm. 524-2014. Por Auto de 28 de julio de 2014, el Tribunal de apelación desestimó el recurso interpuesto por la Fiscalía. En síntesis, la Sala estima que la interpretación mantenida en el Auto recurrido es conforme con la doctrina establecida en la STC 141/2012. En el fundamento jurídico 1 de la indicada resolución figura el siguiente razonamiento:

«La cuestión a decidir es si el plazo de 72 horas empieza a contar desde que el centro médico comunica el internamiento al Decanato, o desde que se reparte el asunto al tribunal competente para resolverlo. Entendemos que a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012 la interpretación del art. 763 de la LEC permite la interpretación que realiza el Juzgado de origen, siempre y cuando el plazo de registro del procedimiento no exceda de las 72 horas de duración máxima de la detención gubernativa, desde el momento en que se produjo el internamiento involuntario. En dicha sentencia se diferencia el procedimiento pre-judicial, hasta que se inicia el procedimiento de internamiento, y el control judicial propiamente dicho, desde que el tribunal competente tiene conocimiento del internamiento. La primera fase no puede durar sin vicio de inconstitucionalidad más de setenta y dos horas, que es el límite de las detenciones gubernativas de acuerdo con el límite constitucional del art. 17 de nuestra Carta Magna, si bien el legislador ordinario ha optado en el art. 763 de la LEC por exigir que el centro médico comunique el internamiento en un plazo más corto, de 24 horas. No obstante, si el Decanato no comunica de inmediato el internamiento mediante el reparto al Tribunal que resulte competente, es evidente que este Tribunal no ha tenido hasta ese instante el “conocimiento” que exige el propio art. 763 de la LEC para que comience a computarse el plazo de 72 horas de la ratificación judicial del internamiento. Por tanto, puede existir un lapso entre el primer plazo —la comunicación dentro

de 24 horas al Decanato, plazo gubernativo— y el comienzo del segundo plazo —conocimiento por el Tribunal competente tras el reparto—. Este lapso supone que al no haber comenzado aún el plazo judicial, la privación de libertad es todavía gubernativa, y de acuerdo con la citada STC 141/2012 dicho plazo de privación de libertad gubernativa sólo puede durar un máximo de 72 horas. Por tanto, siempre que se haya respetado el plazo de legalización del internamiento dentro del máximo de 72 horas desde que se produce éste hasta que se incoa el procedimiento judicial —equivalente al límite de la privación de libertad no judicial—, y de otras 72 horas hasta la ratificación del internamiento —equivalente a la detención judicial—, no existe infracción del procedimiento. Lo cual no impide que en lo factible no se deba agotar ni uno ni otro plazo, y del mismo modo que el centro médico debe comunicar “lo antes posible” el internamiento, sin apurar el término de veinticuatro horas, el Decanato deba también de forma lo más inmediata posible repartir el procedimiento al Tribunal competente. Sin embargo, siempre y cuando el procedimiento se haya iniciado antes de las setenta y dos horas del internamiento, no existe vulneración del art. 763 de la LEC. Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso.»

g) En fecha 14 de julio de 2014, la paciente fue dada de alta por mejoría clínica. Esta circunstancia fue oportunamente comunicada al órgano judicial, mediante informe de la misma fecha.

3. En su demanda de amparo, el Fiscal alega que las resoluciones judiciales indicadas en el encabezamiento vulneraron el derecho a la libertad personal de M.I.F.E. (art. 17.1 CE). Tras compendiar los acontecimientos procesales acaecidos en el procedimiento de internamiento psiquiátrico no voluntario núm. 582-2014, trae a colación el contenido de diferentes disposiciones internacionales, entre ellas el art. 9.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), el art. 5, apartados 1 y 4 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) y el art. 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad. Asi-

mismo, compendia la doctrina estatuida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y este Tribunal mediante una pormenorizada cita de Sentencias, entre las que destaca la fundamentación jurídica de la STC 141/2012, de 30 de julio, dada la proximidad del caso analizado en la citada resolución con el presente supuesto. De todo ello colige que el internamiento involuntario por trastorno psíquico de una persona está sujeto al estricto cumplimiento de la legalidad procesal, que opera como factor decisivo de la validez de la limitación de la libertad personal. Por tanto, el escrupuloso acatamiento de lo establecido en el art. 763 LEC —respecto del cual, el Tribunal Constitucional ha advertido, en diversas ocasiones, la necesidad de regular el internamiento por razón de trastorno psíquico mediante norma con rango de Ley Orgánica— constituye la garantía esencial del derecho fundamental consagrado en el art. 17.1 CE.

En relación con el presente caso, el Fiscal señala que la autoridad médica sí fue respetuosa con el límite temporal establecido en el art. 763.1 LEC, puesto que, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas indicado en el referido precepto, remitió un fax al Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de las Palmas, en el cual hizo constar que el internamiento se transformó en involuntario a partir del día 13 de junio de 2014. Sin embargo, el órgano judicial al que le fue turnado el asunto no resolvió dentro del límite temporal señalado en el indicado precepto, pues hasta el día 18 de junio no ratificó, por medio de Auto, la pertinencia de la retención hospitalaria. En apoyo de esa última aserción argumenta que, desde el momento en que se recibió la comunicación en el Decanato, la paciente quedó a disposición judicial; por tanto, a partir de ese mismo instante comenzó a correr el plazo de setenta y dos horas que para la ratificación judicial del internamiento urgente establece el art. 763.1 LEC como límite máximo.

El Fiscal refuta el criterio seguido por los órganos judiciales, para quienes el *dies a quo* para regularizar la situación de la persona internada comenzó el día 16 de junio de 2014, data en que la solicitud internamiento urgente fue tur-

nada al Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas. Sobre ese particular, afirma que la tesis expuesta por el órgano de apelación es fruto de un incorrecto entendimiento de la doctrina constitucional asentada en la STC 142/2012, pues, como se recoge en la referida resolución, el plazo para regularizar judicialmente el internamiento trae causa del desarrollo normativo del art. 17.1 CE. Por ello, mientras no se produzca una reforma legislativa que amplíe el plazo de veinticuatro horas, la autoridad médica queda obligada a comunicar al órgano judicial el internamiento involuntario dentro del citado límite y, a partir de que se produce esa comunicación, comienza a computar el periodo de setenta y dos horas del que dispone el Juez para ratificar o dejar sin efecto el ingreso acordado. En suma, el Fiscal sostiene que la tesis sustentada por el órgano *ad quem* es errónea e inasumible desde la perspectiva constitucional.

También señala que la línea interpretativa seguida por los órganos judiciales aboca a una prolongación del plazo de 72 horas previsto en el art. 763.1 LEC, puesto que el inicio del cómputo del término para ratificar el internamiento pasaría de depender de la mayor o menor celeridad en el reparto del asunto, de manera que la garantía del derecho a libertad personal quedaría a merced de factores aleatorios. Esa prolongación resulta contraria a la función que el Juez ha de cumplir, como garante de libertad personal, pues alarga indebidamente el lapso temporal legalmente fijado para el control de los presupuestos que legitiman la medida de internamiento no voluntario. Añade que el Auto de 28 de julio de 2014 trata de solventar una patología estructural, concretamente, la ausencia de un servicio de guardia para asuntos civiles durante el fin de semana, si bien lo hace en términos inasumibles desde el prisma constitucional. Para el Fiscal, ese propósito no justifica la extensión de un plazo que forma parte de las garantías establecidas en el art. 17.1 CE, pues los plazos de privación de libertad han de cumplirse de manera estricta, so riesgo de verse afectada la garantía constitucional de la libertad personal (SSTC 99/2006, FJ 4, y 180/2011, FJ 3).

Por las razones expuestas, el Fiscal interesa la estimación del presente recurso de amparo por vulneración del derecho a libertad personal (art. 17.1 CE) y que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas. No obstante, matiza que, al haberse producido el alta clínica de M.I.F.E. en fecha 14 de julio de 2014, el otorgamiento del amparo solamente tendrá carácter declarativo.

4. Por providencia de 18 de febrero del 2015, la Sala Segunda de este Tribunal dispuso la admisión a trámite de la demanda de amparo. En dicha resolución se estimó que el recurso de amparo presenta especial trascendencia constitucional, ya que plantea o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre la que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]. Como el Ministerio Fiscal aportó copia escaneada del procedimiento de internamiento núm. 582-2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas, y del rollo de apelación núm. 524-2014, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, solamente se acordó, en aplicación de lo previsto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación al citado juzgado para que, en el plazo de diez días, emplaze a quienes hubieran sido parte en el procedimiento y, a su vez, que en el plazo indicado puedan comparecer en este proceso constitucional. Asimismo, se dispuso publicar la admisión del presente recurso de amparo en el «Boletín Oficial del Estado» («BOE»), de conformidad con lo establecido en el art. 46.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), para que, dentro de los diez días siguientes a la publicación, puedan comparecer otros posibles interesados. La publicación en el «BOE» tuvo lugar el día 18 de febrero de 2015.

5. Por diligencia de ordenación de fecha 12 de mayo de 2015, se resolvió dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal recurrente, por el plazo de veinte días, dentro del cual podrá presentar las alegaciones que estime pertinentes, conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

6. Mediante escrito de fecha 19 de junio de 2015, el Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones. En esencia reprodujo la argumentación es-

grimida en el escrito de demanda e incidió en la inconstitucionalidad de la fundamentación dada por el órgano de apelación.

7. Por providencia de fecha 3 de septiembre de 2015, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 7 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. La demanda de amparo se dirige contra el Auto de fecha 18 de junio de 2014, en cuya virtud el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas ratificó el internamiento no voluntario de M.I.F.E. por trastorno psíquico. También se dirige contra el Auto de fecha 28 de julio de 2014, en cuya virtud la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó el recurso de apelación que fue deducido por el Ministerio Fiscal frente la primera de las resoluciones citadas. Para el Fiscal recurrente ambas resoluciones lesionan el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). Según refiere, el criterio seguido en las resoluciones impugnadas para la determinación del término inicial del plazo de setenta y dos horas que, para la ratificación judicial del internamiento no voluntario establece el art. 763.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), comporta una indebida extensión del infranqueable límite temporal fijado en el citado precepto, lo que redunda en menoscabo de las garantías establecidas respecto de los internamientos involuntarios motivados por alteraciones psíquicas.

2. El presente recurso no ha sido interpuesto por la titular del derecho fundamental pretendidamente vulnerado, sino por el Ministerio Fiscal. Según reiterada doctrina de este Tribunal, «[l]a legitimación para recurrir en amparo que el art. 162.1 b) CE atribuye al Ministerio Fiscal y que, igualmente, aparece recogida en el art. 46.1 b) LOTC, se configura, según tuvimos ocasión de señalar en la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 1, “como un *ius agendi* reconocido a este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el artículo 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo

hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos". Como ya dijimos en la STC 211/1994, de 13 de julio, FJ 2 "el recurso de amparo no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares. Y es lógico que sea así porque, de lo contrario, se invertiría el significado y función del recurso de amparo como medio de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos para convertirse en instrumento de los poderes públicos frente a los particulares» (STC 12/2014, de 27 de enero, FJ 2).

En el presente caso, la legitimación del Fiscal resulta incontestable pues, a luz de la doctrina expuesta, su intervención como parte demandante se anuda a la protección del derecho a la libertad personal, en la dimensión que le confiere el art. 17.1 CE.

3. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las exigencias básicas derivadas del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE), en relación con los plazos establecidos en el art. 763.1 LEC. Y así, en el apartado c) del fundamento jurídico 5 de la STC 141/2012, de 30 de julio, afirmamos que «la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo, en este caso el ya citado art. 763 LEC, donde se señala que "el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida". Plazo que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las 72 horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden pe-

nal (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6). Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las 24 horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial».

Más adelante, en el apartado d) del referido fundamento jurídico efectuamos algunas precisiones sobre el control judicial subsiguiente a la comunicación del ingreso psiquiátrico; concretamente sostuvimos que «desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 5). Traslado que, además, tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario. En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motiva-

ban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido».

Finalmente, en apartado c) del fundamento jurídico 6 de la reiterada Sentencia destacamos la importancia de la observancia del plazo de setenta y dos horas del que, como máximo, dispone el órgano judicial y, a su vez, resaltamos las consecuencias derivadas de su eventual incumplimiento: «Sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la Ley 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el art. 17.2 CE, sino el art. 17.1 CE, como tenemos ya dicho (SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2). El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 CE (SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4.B; 180/2011 de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 6). Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el auto y éste resulte confirmatorio».

4. La argumentación jurídica que ofrecen los órganos judiciales converge en una misma dirección: hasta que el internamiento acordado por el centro psiquiátrico no se comunique, previo reparto del asunto al órgano judicial a quien en concreto corresponda conocer, no comienza a transcurrir el plazo de 72 horas que, conforme a lo previsto en el art. 763.1 LEC, constituye el límite máximo para la ratificación del referido internamiento. Como ha quedado expuesto, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la vinculación de los plazos estatuidos en el mencionado precepto con la garantía derivada del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 CE. Sin embargo, esta es la primera ocasión —y en ello radica la especial trascendencia constitucional del presente recurso— en que

se nos demanda un pronunciamiento sobre la eventual lesión del indicado derecho fundamental, a causa de una errónea interpretación sobre el *dies a quo* del límite máximo del que dispone la autoridad judicial para ratificar o revocar el internamiento psiquiátrico acordado extrajudicialmente. El marco legal de aplicación al caso se circunscribe al art. 763.1 LEC, cuyo tenor es el siguiente:

«El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o tutela, requerirá autorización judicial que será recabada del Tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiera producido el internamiento deberá dar cuenta al Tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la efectiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del Tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al Tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho Tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.»

Para el juzgador de instancia, el plazo previsto en el precepto objeto de cita no fue incumplido, toda vez que hasta el 16 de junio del 2014 el asunto no tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas y, como así consta en el procedimiento, por Auto de 18 de junio de 2014 fue ratificado el internamiento acordado extrajudicialmente. La sucinta respuesta dada por el órgano de instancia es fruto una exégesis que se circunscribe al último inciso del segundo párrafo del art. 763.1 LEC y, sobre ese aspecto, colige que hasta tanto la noticia del

internamiento no llega a conocimiento del juzgado competente para resolver no comienza a correr el reiterado plazo de 72 horas. Por su parte, el órgano de apelación corrobora la legalidad de la actuación del órgano de instancia, si bien es consciente de que la problemática suscitada presenta una dimensión de mayor envergadura. Por ello, dispensa un razonamiento que expresamente contempla la significación jurídica del tiempo que el asunto tarda en llegar a conocimiento del órgano judicial. A ese respecto, las razones consignadas en el Auto resolutorio del recurso de apelación pueden compendiarse del siguiente modo: a) mientras la comunicación del internamiento no acceda al órgano judicial al que corresponda resolver, no cabe entender que dicho internamiento ha llegado a conocimiento del Tribunal, a los efectos previstos en el art. 763.1 LEC; b) el plazo previsto para la ratificación del internamiento, por parte del órgano judicial, no comienza a transcurrir hasta que el asunto llega a su conocimiento tras el oportuno reparto; c) durante el intervalo que media entre la comunicación del internamiento al Decanato por parte de la autoridad médica y el reparto del asunto al órgano judicial, la privación de libertad del paciente tiene carácter gubernativo; d) el período de detención gubernativa a que se ha hecho mención es conforme a Derecho, siempre que entre la fecha del internamiento y la atribución al juzgado competente no transcurran más de setenta y dos horas, pues así lo avala la STC 141/2012.

5. La temática que se dilucida en el presente recurso concierne al derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 CE. Por tanto, nuestro enjuiciamiento no se circunscribe a calibrar la racionalidad de la interpretación judicial sobre el contenido y alcance de un precepto legal, pues conforme manifestamos en la STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 4, «estando en juego un derecho fundamental sustantivo y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la resolución judicial impugnada (entre las últimas, SSTC 30/2000, de 31 de enero, FJ 4; 173/2001,

de 26 de julio, FJ 4; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; y 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 5). En particular, descartado el carácter inmotivado o arbitrario de la resolución judicial ahora analizada, respecto de lo que nada se alega en la demanda de amparo, no nos puede bastar en este proceso constitucional de amparo con la simple evaluación de su razonabilidad, sino que será preciso analizar si la misma resulta o no vulneradora del ejercicio de los derechos fundamentales alegados. Y ello porque es perfectamente posible que se den resoluciones judiciales que no infrinjan el derecho proclamado en el art. 24.1 CE, por contener una fundamentación que exprese razones —de hecho y de Derecho— por las que el órgano judicial adopte una determinada decisión, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de derechos fundamentales como los aquí en juego, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de la decisión adoptada (STC 126/2003, de 30 de junio, FJ 5). Cuando se enjuicia la presunta vulneración de un derecho sustantivo, el criterio de razonabilidad que este Tribunal aplica a los derechos del art. 24 CE queda absorbido por el canon propio de aquel derecho (STC 14/2002, de 28 de enero, FJ 4)».

Llegados a este punto, procede resolver el aspecto nuclear del presente recurso. Con carácter previo, hemos de efectuar dos precisiones: en primer término cumple decir que este Tribunal no desconoce la finalidad tuitiva del internamiento urgente por razón de trastorno psíquico, que es netamente distinta de la que inspira la adopción de medidas cautelares en el proceso penal; no obstante ello, para nuestro enjuiciamiento lo verdaderamente relevante de esa medida es la privación de libertad que comporta y, por tanto, a esa perspectiva hemos de sujetarnos.

En segundo lugar, hemos de advertir que nuestro pronunciamiento no tiene por objeto dirimir, desde el prisma de la legalidad infraconstitucional, si el plazo para ratificar el internamiento involuntario comienza o no tras la entrada del asunto en el órgano judicial, previo reparto por el Decanato, pues ello convertiría a este Tribunal en un mero intérprete de la legalidad ordinaria que, en

el contexto de una pretendida tercera instancia, estaría llamado a confirmar o refutar la interpretación realizada por los órganos judiciales. Desde la perspectiva en que se ubica este Tribunal, la respuesta que hemos de ofrecer se proyecta sobre una dimensión distinta, en concreto, sobre si la exégesis realizada en el ámbito jurisdiccional es respetuosa con el sistema de garantías que el legislador ha diseñado, mediante la instauración de los plazos máximos contemplados en el art. 763.1 LEC, para acomodar la privación de libertad por razón de trastorno psíquico a las exigencias impuestas por el art. 17.1 CE.

Según se indica en el segundo párrafo del art. 763.1 LEC, la comunicación del internamiento por parte del responsable del establecimiento debe ir dirigida al «tribunal competente» y el denominado «tribunal competente» deberá ratificar el internamiento, en su caso, dentro del plazo máximo de 72 horas. En las demarcaciones judiciales que cuentan con un sólo órgano no se suscita ningún problema interpretativo, puesto que no hay necesidad de efectuar reparto alguno para determinar el concreto juzgado que deba resolver, pues, en esos casos, «el tribunal competente» será el único juzgado del lugar donde radica el centro de internamiento (art. 763.1, párrafo tercero). Sin embargo, el problema surge en aquellas demarcaciones con varios órganos judiciales, pues es perfectamente factible que la determinación del «tribunal competente» se produzca tras la recepción de la comunicación en el Decanato y el asunto sea turnado a un determinado juzgado. Eso es, precisamente, lo que aconteció en el supuesto concernido por el presente recurso, si bien no consta el motivo por el que el asunto fue repartido el día 13 de junio de 2014 y, sin embargo, no tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Las Palmas hasta el día 16 del citado mes y año.

Conforme al hilo argumental seguido por el órgano de apelación, el mencionado art. 763.1 LEC admite la existencia de un intervalo intermedio entre la comunicación del internamiento al Decanato, por parte de la autoridad médica, y la asignación del asunto al órgano judicial que corresponda. Según se indica en el Auto de fecha

28 de julio de 2014, ese lapso es compatible con el límite temporal que el art. 17.2 CE establece respecto de las detenciones gubernativas y encuentra acogida favorable en la fundamentación jurídica de la STC 141/2012. En consecuencia, al plazo de 24 horas con que cuenta el del centro psiquiátrico para notificar el internamiento no voluntario y al de 72 horas del que dispone el juez para ratificar la medida privativa de libertad, se suma un nuevo término cuya duración viene determinada por el tiempo que el Decanato tarde en remitir el asunto al órgano judicial que corresponda por reparto, si bien ese lapso no podrá exceder de 72 horas a contar desde que se produjo el internamiento involuntario. Conforme a ese planteamiento, entre la data de internamiento involuntario y la fecha de la ratificación judicial pueden llegar a transcurrir hasta seis días.

6. Hemos de anticipar que esa interpretación no merece favorable acogida. En primer lugar, la doctrina asentada en la STC 141/2012 no auspicia tales conclusiones, pues como se indica en el apartado c) del fundamento jurídico 5, en relación con el plazo de 24 horas de que dispone el responsable del centro para comunicar el internamiento, lo que afirmamos entonces es que el legislador podría ampliar el mencionado límite temporal hasta las 72 horas, lo cual, como es obvio, no faculta al intérprete judicial de la legalidad a extender el referido plazo sin el oportuno soporte legal habilitante; y ello con independencia de que el art. 17.2 CE establezca un plazo límite de 72 horas para la puesta a disposición judicial del detenido. En segundo término, hemos de recalcar que, en el apartado d) del indicado fundamento jurídico sostuvimos sin ambages que, desde que tiene lugar la comunicación por el centro hospitalario, la persona ingresada pasa a disposición del órgano judicial. De ahí que los razonamientos consignados en ese apartado tampoco patrocinan la prolongación de la «detención gubernativa», en los términos señalados por la Audiencia Provincial. Ciertamente es que, de cara a ponderar si en aquel supuesto se había incumplido el plazo legal de 72 horas, tomamos como referencia la fecha de la provi-

dencia de apertura del procedimiento y, a partir de ese dato, colegimos que se superó con creces el plazo máximo previsto para la ratificación de la medida privativa de libertad. Sin embargo, de tal dato no cabe extraer ninguna conclusión trasladable al presente caso, habida cuenta de que, en el supuesto de hecho analizado en la STC 141/2012, el tiempo empleado por el órgano judicial para resolver, desde que el asunto estuvo a su disposición, excedió catorce días del plazo previsto en el art. 763.1 LEC, lo cual constituye un claro matiz diferencial con el presente caso.

Como así lo refiere el Fiscal, parece que la interpretación efectuada por los órganos judiciales pretende conciliar los plazos estatuidos en el art. 763.1 LEC con los condicionantes impuestos por la infraestructura del reparto de asuntos, principalmente derivados de la ausencia de un servicio de guardia durante los fines de semana. Sin embargo, desde la perspectiva constitucional en que se sitúa este Tribunal debemos desautorizar esa exégesis, pues no es dable alcanzar tal armonización mediante el reconocimiento de un lapso temporal intermedio —el tiempo que el asunto tarda en ingresar en el órgano judicial al que por reparto corresponde conocer—, que se ubica entre la comunicación del internamiento al Decanato y la operatividad del plazo judicial de 72 horas. Si admitiéramos tal posibilidad, el rigor hermenéutico con que se han de abordar las limitaciones del derecho a la libertad personal quedaría sustancialmente atenuado, con el consiguiente detrimento de las garantías establecida en el art. 17.1 CE. Por otra parte, la determinación del *días a quo* del plazo para la ratificación judicial del internamiento quedaría a expensas de un factor voluble e indeterminado, lo cual es incompatible con los principios de certidumbre y taxatividad inherentes a cualquier medida privativa de libertad.

En suma, desde la obligada pauta interpretativa que propicia la mayor efectividad del derecho fundamental y la correlativa interpretación restrictiva de sus límites, que hemos proclamado en diferentes resoluciones concernientes al derecho fundamental a la libertad personal (entre otras, SSTC 19/1999, de 22 de enero, FJ 5; 57/2008, de

28 de abril, FJ 6, y 152/2013, de 9 de septiembre, FJ 5), afirmamos que la interpretación constitucionalmente adecuada del segundo párrafo del art. 763.1 LEC no admite solución de continuidad entre la comunicación del internamiento involuntario, por parte de la autoridad médica, y el inicio del plazo de 72 horas estatuido para la ratificación judicial de esa medida, ni permite intercalar plazos implícitos entre esos dos acontecimientos procesales.

7. Los razonamientos precedentes conducen a la estimación del presente recurso de amparo, puesto que las resoluciones judiciales combatidas vulneran el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) de M.I.F.E. A los efectos previstos en el art. 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, procede declarar la nulidad de las referidas resoluciones con carácter meramente declarativo, pues, como se refleja en los antecedentes de esta resolución, la persona afectada por el internamiento fue dada de alta el día 14 de julio de 2014, de manera que no persiste la privación de libertad ratificada judicialmente.

FALLO:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo promovido por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia

1º Reconocer el derecho a la libertad personal (arts. 17.1 CE) de M.I.F.E.

2º Declarar la nulidad, sin retroacción de actuaciones, del Auto de fecha 28 de julio de 2014, dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el rollo de apelación núm. 524-2014, así como del Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de las Palmas, de fecha 18 de junio de 2014, recaído en el procedimiento de internamiento psiquiátrico no voluntario núm. 582-2014.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a siete de septiembre de dos mil quince.–Adela Asua Batarrita.– Fernando Valdés Dal-Ré.– Juan José González Rivas.– Pe-

dro José González-Trevijano Sánchez.– Ricardo Enríquez Sancho.– Antonio Narváez Rodríguez.– Firmado y rubricado.