

(Sentencia extraída de www.poderjudicial.es/tribunalsupremo)

SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 2004, DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Fecha de Resolución: 16/12/2004

Nº de Recurso: 984/2004

Sección: 1

Procedimiento: PENAL-PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Ponente: Miguel Colmenero Menendez de Luarca

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE. Actividad molesta, insalubre, nociva o peligrosa. No se aprecia la agravación por actividad clandestina. La actividad contaba con licencia municipal, aunque condicionada a la obtención de un acta de comprobación administrativa que no había tenido lugar. Voluntad de los acusados de someterse a la regulación vigente. Conocimiento de la actividad por la Administración. Vertido de aguas residuales contaminantes. Cuando se produce el segundo vertido los acusados no habían recibido el requerimiento administrativo para que cesaran en la actividad.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil cuatro.

En el recurso de Casación por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quinta), con fecha cuatro de Febrero de dos mil cuatro, en causa seguida contra Amelia y Jaime por Delito contra los recursos naturales, la salud pública y el medio ambiente, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente el Ministerio Fiscal y partes recurridas Amelia y "Algodones del Bages, S.A." representados por el Procurador Don José Luis Pinto Marabotto y Jaime representado por la Procuradora Doña Ana Lázaro Gogorza.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número cuatro de los de Manresa, incoó Diligencias Previas con el número 775/2000 contra Amelia y Jaime, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quinta, rollo 60/2003) que, con fecha cuatro de Febrero de dos mil cuatro, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Se declara probado que los acusados, Amelia y Jaime, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales eran responsables de la empresa ALGODONES DEL BAGES S.A. (en adelante ALBASA), dedicada a la fabricación y blanqueo de algodón y sita en la localidad de Sant Vicenc de Castellet, Parido Judicial de Manresa, en calidad respectivamente de copropietaria, administradora única y gerente la primera y de Director de Producción desde el año 1992 el segundo.- Entre las materias primas utilizadas en el proceso productivo (blanqueo

de algodón figuraban sosa cáustica, lejía y agua oxigenada, generando entre otros residuos aguas residuales contaminantes, que debían, previamente a su vertido, ser convenientemente tratadas y depuradas para eliminar sus componentes tóxicos.- ALBASA inició sus actividades industriales en Sant Vicenc de Castellet en el año 1982, habiendo obtenido en fecha 12 de febrero de 1987 Licencia Municipal de Actividades de dicho Ayuntamiento condicionada a la obtención del acta de comprobación prevista en el artículo 34 del Reglamento de Actividades Clasificadas, acta de comprobación que no había tenido lugar en las fechas de autos.- Por otra parte ALBASA carecía en las fechas de autos de la preceptiva autorización administrativa para verter aguas residuales a cauce público otorgada por la Junta de Sanejament de la Generalitat de Catalunya.- SEGUNDO.- El día 9 de junio de 1999 se produjo un vertido de aguas residuales procedente de la empresa que a través del colector de ALBASA fue a parar al torrente paralelo al río (seco en esas fechas) y de éste a Llobregat.- El citado vertido dio lugar a la actuación de la Inspección de la Junta de Sanejament de la Policía Local de Sant Vicenc de Castellet y del Servei d'Agents Rurals de la Generalitat de Catalunya.- Así, ese mismo día los inspectores de la Junta de Sanejament, tomaron muestras de vertido de aguas residuales de ALBASA y de las aguas del Río Llobregat antes y después de sufrir el impacto contaminante. Analizadas dichas muestras en fecha 18 de junio de 1999 por el Laboratorio de la Junta de Sanejament se obtuvieron los siguientes resultados: a) Aguas del Río Llobregat antes de sufrir el vertido: Demanda Química de Oxígeno (DQO): <30 mg O₂/l.- Sólidos en Suspensión: 10,8 mg/l.- b) Aguas del río Llobregat tras sufrir el vertido de ALBASA: Demanda Química de Oxígeno (DQO): 63 mg O₂/l.- Sólidos en Suspensión: 27'2 mg/l.- A su vez, con fechas 10 y 11 de junio de 1999 agentes del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil realizaron, en presencia del acusado Sr. Jaime, una inspección ocular y toma de muestras de las aguas residuales contaminantes que los acusados vertían al torrente y al Río Llobregat y de las aguas del torrente antes y después de sufrir el impacto contaminante del vertido de ALBASA, comprobándose de visu el fuerte impacto contaminante de los vertidos.- Analizadas dichas muestras en fecha 11 de junio de 1999 por el Laboratorio de la Sociedad General de Aguas de Barcelona. (AGBAR) dieron el siguiente resultado: a) Vertido de aguas residuales al torrente: Demanda Química de Oxígeno (DQO): 870 MG O₂/l. (siendo el límite máximo permitido por el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986 Anexo IV, Tabla III es de 160 mg O₂/l.).- Sólidos en Suspensión: 280 mg/l (siendo el límite máximo permitido por el Reglamento de 1986 -Tabla III el de 80 mg/l.).- b) Aguas del torrente después de sufrir el vertido: Demanda Química de Oxígeno (DQO): 860 mg O₂/l.- Sólidos en Suspensión: 420 mg/l.- El citado vertido dio lugar a un nuevo informe técnico de fecha 2 de julio de 1999 de l'Area de Qualitat de les Aigües de la Junta de Sanejament en el que se afirma que el vertido realizado ese día provocó un fuerte incremento de DQO, así como disminución del contenido de oxígeno y aumento del PH y la temperatura que provocan niveles de amoníaco muy superiores a los deseables para el mantenimiento de la vida acuática.- La conjunción de todos esos factores provocó la muerte de entre 2.000 y 2.500 barbos en el Río Llobregat los días 9 y 11 de junio de 1999, lo que causó daños al Dominio Público piscícola por valor de entre 4.000.000 y 5.000.000 de pesetas según informe de fecha 14 de junio de 1999 del Servei de Conservació de la Fauna de la Generalitat.- Ello dio lugar a que l'Area de Qualitat de les Aigües de la Junta de Sanejament emitiera un segundo requerimiento de fecha 21 de julio de 1000, a la empresa para que cesaran de inmediato los vertidos, advirtiéndoles que contra dicha resolución podrían interponer recurso de alzada. No consta que los acusados fueran notificados de dicha resolución antes del día 30 de agosto de 1999.- La empresa interpuso en fecha 28 de septiembre de 1999 recurso de alzada que fue desestimado por resolución de fecha 2 de octubre de 1999 del Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya.- TERCERO.- El día 30 de agosto de 1999 la Policía Judicial volvió a comprobar como los querellados seguían vertiendo aguas residuales contaminantes, procediendo a tomar muestras del vertido y de las aguas del torrente tras sufrir el mismo, en presencia del empleado de la empresa, Felipe, las

cuales fueron analizadas en fechas 15 de septiembre y 29 de octubre de 1999 por los Laboratorios de la Sociedad General de Aguas de Barcelona y del Instituto Nacional de Toxicología dando el siguiente resultado: a) Vertidos de aguas residuales al torrente: Demanda Química de Oxígeno (DQO): 4.800 y 6.500 MG O₂/l.- Sólidos en Suspensión: 860 y 208 mg/l.- Amonio: 16'2 mg NH₄/l.- Detergentes: 45'5 mg LSS/l.- b) Aguas del torrente tras sufrir el vertido de ALBASA: Demanda Química de Oxígeno (DQO): 2.200 y 3.500 mg O₂/l.- Sólidos en suspensión: 220 y 224 mg/l.- Amonio: 10'2 mg NH₄/l.- Detergentes: 15'1 mg LSS/l.- Las sustancias detectadas en los vertidos de aguas residuales de ALBASA al río Llobregat (Sólidos en Suspensión, Amonio y Detergentes) unidos a la elevadísima demanda química de oxígeno (DQO) vulneran los límites de contaminación y vertido establecidos en Dirección Comunitaria 76/464 CEE, en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 y en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 11 de abril de 1986 (y su Anexo IV, Tabla III), constituyendo elementos altamente tóxicos y contaminantes susceptibles de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y de la fauna y flora acuáticas del Río Llobregat." (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Amelia Y Jaime, como autores de un delito CONTRA LOS RECURSOS NATURALES, LA SALUD PÚBLICA Y EL MEDIO AMBIENTE de los artículos 325 del Código penal y de un delito de DAÑOS del artículo 263 del mismo texto legal no concurriendo circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal alguna, a la pena para cada uno de ellos de DOS AÑOS DE PRISIÓN y MULTA de DIECISÉIS MESES con una cuota diaria de seis euros en el caso de Amelia y de tres euros a Jaime y con ocho meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y TRES AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES por el primer delito y MULTA DE DOCE MESES con una cuota diaria de seis euros en el caso de Amelia y de tres euros a Jaime y seis meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago por el segundo delito y al pago de las costas procesales por mitad.- En concepto de responsabilidad civil los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la Direcció General del Patrimoni Natural de la Generalitat en la suma de 24.040,48 euros, suma de la que deberá responder en concepto de responsable civil subsidiaria la empresa ALGODONES DEL BAGES, S.A. con los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil." (sic)

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

- 1.- Infracción de Ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del subtipo agravado del artículo 326 a) del Código Penal de 1.995 (falta de la preceptiva autorización administrativa para el ejercicio de la actividad de la empresa).
- 2.- Infracción de Ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del subtipo agravado del artículo 326 b) del Código Penal 1.995 (desobediencia a las órdenes correctoras y/o supresoras de la actividad contaminante emanadas de las Administración).

Quinto.- Instruidas las partes recurridas; quedaron conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día nueve de Diciembre de dos mil cuatro.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los dos acusados fueron condenados por la Audiencia Provincial como autores de un delito contra los recursos naturales, la salud pública y el medio ambiente del artículo 325 y de un delito de daños. La sentencia no apreció el subtipo agravado del artículo 326, apartados a) y b) cuya aplicación interesaba el Ministerio Fiscal, que interpone contra la sentencia recurso de casación formalizando dos motivos.

En el primero de ellos, por infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la inaplicación indebida del artículo 326.a) del Código Penal, por falta de la autorización administrativa para el ejercicio de la actividad de la empresa. Entiende el Ministerio Fiscal que del hecho probado se desprende que la empresa carecía de licencia municipal, lo cual impide el ejercicio de la actividad industrial, como se desprende del artículo 34 del Reglamento de Actividades Clasificadas.

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. 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, 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". Y la STS nº 549/2003, de 14 de abril, dice que "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 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, su posible repercusión sobre la sanidad ambiental y los sistemas correctores que se propongan utilizar con expresión de su grado de eficacia y garantía de seguridad". 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.

Esta Sala siguió este criterio matizado en la STS nº 2031/2002, de 4 de diciembre, en la que se expresó lo siguiente: "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 empresa 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".

En el caso actual, a pesar de lo que se dice en la fundamentación jurídica (FJ 3º, "carecía de licencia municipal"), en el hecho probado se declara que la entidad había obtenido en 1987 licencia municipal de actividades, aunque condicionada a la obtención del acta de comprobación prevista en el artículo 34 del Reglamento de Actividades Clasificadas, la cual no había tenido lugar en la fecha de autos. Esta disposición es citada por el Ministerio Fiscal en el desarrollo del motivo como apoyo de su afirmación respecto a que la empresa de los acusados carecía de licencia y, por lo tanto, su actividad debe considerarse clandestina. En ella se dispone, efectivamente, que "Obtenida la licencia de instalación de una actividad calificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa, no podrá comenzar a ejercerse sin que antes se gire la oportuna visita de comprobación por el funcionario técnico competente, no sólo por la actividad de que se trate, sino también por la naturaleza del daño que pueda causarse. En el caso de que no dispusiere el Ayuntamiento de tal funcionario, podrá solicitarlo del correspondiente Organismo provincial."

Sin embargo esta previsión reglamentaria, que puede tener la relevancia que le corresponda en el ámbito administrativo, y que, por otra parte había sido dejada sin efecto en la fecha de los hechos por la Ley 3/1998, de 13 de marzo, sobre intervención integral de la Administración ambiental, de la Generalidad de Cataluña, no puede interpretarse en el ámbito penal sin tener en cuenta los principios propios de éste y aquellos otros que desarrolla la Constitución respecto de los derechos del individuo y las obligaciones de los poderes públicos en esta materia concreta. El artículo 9, en cuanto garantiza la interdicción de la arbitrariedad; el artículo 38, en cuanto que reconoce la libertad de empresa y establece que los poderes públicos garantizan y protegen su

ejercicio y la defensa de la productividad; y el artículo 103, que dispone que la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con el principio de eficacia, contienen previsiones que exigen de la Administración post constitucional una intervención activa en las materias de su competencia, sin que generalmente su pasividad pueda originar, por sí misma, consecuencias negativas para el ciudadano.

En el caso actual, según el hecho probado, la Administración concedió licencia a los acusados para el ejercicio de la actividad, es de suponer que previa la entrega de los proyectos correspondientes y también, previos los trámites de control previstos en las normas aplicables. Es cierto que condicionó el ejercicio de la actividad a la comprobación prevista en el artículo 34 antes citado, pero no puede olvidarse que la licencia fue efectivamente concedida; que lo fue el 12 de febrero de 1987; y que en la fecha de los hechos, en 1999, más de doce años después, sin que conste que nada lo impidiera, tal comprobación, cuya ejecución correspondía directamente a la propia Administración, no había sido realizada.

En contra de esta forma de actuar, según se dice en la fundamentación jurídica de la sentencia, la empresa de los acusados estaba dada de alta "en el Inventario Permanente de Productores de Residuos Industriales, se sometía a los controles periódicos de la Junta de Reidus de la Generalitat de Catalunya, abonaba el canon de saneamiento y efectuaba la declaración anual de residuos".

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.

El motivo, por lo tanto, se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo, también por la misma vía impugnativa de infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim denuncia la inaplicación indebida del artículo 326.b) que contempla un subtipo agravado para los casos en los que el autor "haya desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior".

En esta segunda impugnación que se hace a la sentencia de instancia, la cuestión es básicamente de hecho. Hemos de partir de que no es posible desobedecer una órdenes si previamente no se conocen.

En el hecho probado, después de referirse a un vertido ocurrido el 9 de junio de 1999, que es el primero que se declara probado, se dice lo siguiente: "ello dio lugar a que l'Area de Qualitat de les Aigües de la Junta de Sanejament emitiera un segundo requerimiento de fecha 21 de julio de 1999, a la empresa para que cesara de inmediato los vertidos, advirtiéndoles que contra dicha resolución podrían interponer recurso de alzada". A continuación declara probado que no consta que los acusados fueran notificados de dicha resolución antes del 30 de agosto y que interpusieron recurso de alzada el 28 de setiembre de 1999. Y, más adelante, también se declara probado que el 30 de agosto la Policía Judicial volvió a comprobar que seguían vertiendo aguas residuales contaminantes.

Aunque la sentencia se refiere a un segundo requerimiento, en el hecho probado no se declara la existencia de otro anterior, ni por lo tanto, se declara probado su contenido ni su notificación a los acusados. Ya en la fundamentación jurídica se aclara la existencia de un requerimiento en 9 de noviembre de 1998, pero estaba encaminado a la presentación de documentación. Para valorar la existencia de una desobediencia, debemos estar, pues, a este segundo requerimiento de fecha 21 de julio, exclusivamente.

En ese caso, si el requerimiento no fue notificado antes del día 30 de agosto y esta es la fecha en la que se constata el segundo vertido que en la sentencia se declara probado, es claro que cuando éste se produce los acusados no habían recibido aún la notificación del requerimiento, y, por lo tanto, no puede afirmarse que lo hubieran desobedecido en la fecha del segundo vertido.

El hecho de que interpusieran recurso de alzada demuestra que efectivamente habían sido notificados con anterioridad, pero el recurso fue presentado el 28 de setiembre, lo que no resulta contradictorio con la afirmación relativa a la ausencia de conocimiento del requerimiento en la fecha en la que se declara probado que tuvo lugar el segundo vertido.

Por lo expuesto, el motivo se desestima.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de Casación por infracción de Ley, interpuesto por Ministerio Fiscal, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quinta), con fecha cuatro de Febrero de dos mil cuatro, en causa seguida contra Amelia y Jaime por Delito contra los recursos naturales, la salud pública y el medio ambiente

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Pérez, José Ramón Soriano Soriano, Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menéndez de Luarca , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.