

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066647

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 411/2023, de 29 de mayo de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 5003/2020

**SUMARIO:**

**Delito contra el medio ambiente. Tipo subjetivo. Medio ambiente. Subtipo agravado de clandestinidad.** Existe subtipo agravado del delito contra el medio ambiente cuando la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. 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. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas y el tenor literal del tipo agravado, 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, 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.

Por otro lado, la creencia fundada de contar con una autorización para la explotación de la Administración local diluye la necesaria vertiente subjetiva del subtipo agravado que no será apreciable, aunque el acto administrativo sea luego anulado jurisdiccionalmente por irregularidades.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 11, 319.2, 320, 325 y 327 a).

**PONENTE:**

*Don Antonio del Moral García.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR  
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE  
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA  
Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 411/2023

Fecha de sentencia: 29/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5003/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/10/2022

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5003/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 411/2023

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar  
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
D. Antonio del Moral García  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº 5003/2020 interpuestos por el MINISTERIO FISCAL; la acusación popular Marcos representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup>. Encarnación González Piñero y bajo la dirección letrada de D. Jorge González Lage y Narciso representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup>. Silvia Virto Bermejo y bajo la dirección letrada de D. Cesar Manuel Garnelo Díez contra la Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2019 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, en el rollo PA nº 28/2017 (dimanantes de DP nº 927/2001 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villablino que condenó a Narciso por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente de los artículos 325.1, 326.a) y 338 CP y le absolvió del delito contra la ordenación del territorio y de prevaricación urbanística del artículo 320.1 CP, absolvió al acusado Rafael del mismo delito contra los recursos naturales y el medio ambiente y absolvió al acusado Roman del delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal. Ha sido parte recurrida Roman, representado por la Procuradora sra. D<sup>a</sup> Concepción González Blanco y bajo la dirección letrada de D. Pedro González Álvarez; la Administración Concursal Coto Minero del Cantábrico S.A. representada por el Procurador D. Santiago Manovel López y bajo la dirección letrada de D. Roberto Núñez López; Minero Siderúrgica de Ponferrada S.A., Rafael ( (REP. DE MSP) representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Silvia Virto Bermejo y bajo la dirección letrada de D. Enrique Heras Ortiz de Rozas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villablino incoó DP 927/2001, contra Narciso y otros. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de León (Sección Tercera) que con fecha 26 de septiembre de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO. La mina de carbón a cielo abierto conocida como El Feixolin, ocupa una superficie de suelo no urbanizable de 1.771.662,50 metros cuadrados de los que 545.700 correspondían a suelo clasificado como rústico y calificado de "protección forestal" y, el resto, de dicha superficie estaba clasificado y calificado como rústico común.

Una parte de la superficie ocupada por dicha explotación se ubica en terrenos del Monte de Utilidad Pública nº NUM000, Polígono NUM001, Parcela NUM002 del Catastro de Rústica del Ayuntamiento de Villablino y, otra parte, sobre las Parcelas NUM003 y NUM004 del mismo Polígono. (Folio 403, Tomo 6)

La mina se encuentra en la cumbre de El Cuelo, a una altitud superior a los 1.600 metros (F 1630, Tomo X) en la vertiente sur de la Cordillera Cantábrica, en el Municipio de Villablino, al noroeste de la provincia de León, en la cabecera del Río Sil (Folios 712 y 718, Tomo VIII).

El área donde se sitúa la explotación esta enclavada en pleno Espacio Natural Protegido "Alto Sil", incluido en la Red Natura 2000, que fue clasificado como LIC mediante Acuerdo de la Junta de Castilla y León de 23 de agosto de 2000 (Folio 1630, Tomo X) y, como CEPA, en octubre de 2000 (Folio 764, Tomo VIII).

Así mismo, la mina el Feixolin se encuentra dentro de los límites de la "Reserva de la Biosfera Valle de Laciana", declarada por la Unesco en el año 2004 (Folio 712, Tomo VIII y 1630Vto, Tomo X).

A la vez la mina el Feixolin se halla dentro del ámbito del Plan de recuperación del oso pardo, aprobado por el Decreto 108/1990 de la Junta de Castilla y León.

La mina el Feixolin esta rodeada por dos cauces: en el Este, el del río San Miguel y, al Oeste, el del Río Orallo (Folio 1630. Tomo X).

Además, dos pequeños arroyos recorrían el terreno antes de ser ocupado por la mina: uno, discurría en dirección este-oeste hasta el río Orallo y, el otro, en dirección oeste-este hasta el río San Miguel (Folio 718, Tomo VIII).

Por otra parte, en las coordenadas X:717343 Y:4761947 existía en el año 1990 una laguna (Folio 720, Tomo VIII) que, en el año 2006, había desaparecido.

El suelo del Feixolin, antes de iniciarse su explotación como mina de carbón a cielo abierto estaba cubierto por matorral más o menos denso o desarrollado, con amplias superficies de pastizal y con pequeñas manchas fragmentadas de bosque (Folio 737, Tomo VIII) albergando distintos tipos de hábitats naturales como eran: el roble galaico-portugués, el brezal seco europeo, así como vegetación casmofítica.

En la zona del Feixolin existía el que se conoce como corredor de Leitariegos, que es un pasillo de unos 10 Km a ambos lados del puerto del mismo nombre que garantiza la comunicación de ejemplares del oso entre los dos núcleos reproductores de la especie llamados orientales (Folio 731, Tomo VIII).

El Feixolin es también uno de los principales ámbitos de conservación del urogallo cantábrico, que es una especie en peligro de extinción (Folio 1637Vto, Tomo X).

Por Resolución del Delegado Territorial de Industria, Energía y Trabajo de la Junta de Castilla y León en León de fecha 10 de diciembre de 1986 se autorizó a la empresa Minero Siderúrgica de Ponferrada SA, en adelante MSP, la ejecución del Proyecto de explotación y restauración del cielo abierto "El Feixolin" (Folio 42, Tomo I).

Dicha autorización se otorgó sin perjuicio de otras establecidas en la normativa vigente, concretamente, en la Ley del Suelo. En tal sentido se advertía que, de acuerdo al Informe emitido por la Delegación Territorial de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, parte de la explotación estaba afectada por el Plan de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Villablino como zona de suelo no urbanizable de protección forestal por lo que, si la empresa estimaba procedente la explotación de esa área, debería tramitar el expediente ante la Comisión Provincial de Urbanismo, según los artículos 85 y 86 de la Ley del Suelo (Folio 1459, Tomo X).

El 30 de marzo de 1993 la Comisión Provincial de Urbanismo de León aprobó la autorización de uso de suelo para la explotación a cielo abierto en el paraje el Feixolin, solo en lo referente al suelo no protegido, debiendo tramitarse la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Villablino en lo referente a la superficie declarada como de especial protección forestal (Folios 1461 y 1462, Tomo X).

Una fotocopia de ese Acuerdo la remitió el Ayuntamiento a Don Baldomero como representante de MSP con oficio de 10 de mayo de 1993 (Folio 1460, Tomo X) y, de la misma manera, la propia Comisión Provincial de Urbanismo remitió copia de dicho Acuerdo a la MSP con fecha 20 de abril de 1993 (Folio 404 del Anexo 2 sobre Expedientes de Ocupación de Terrenos).

En sesión de 30 de marzo de 1995 la Comisión Provincial de Urbanismo de León aprobó definitivamente la modificación del Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Villablino, en el paraje el Feixolin, publicándose el Acuerdo correspondiente en el Boletín Oficial de la Provincia de León de fecha 2 de mayo de 1995, en su número 99 (Folios 1463 y 1464, Tomo X).

En escrito de fecha 18 de enero de 1995 el Jefe de la Sección de Coordinación del Medio Natural participaba a la MSP, en relación con la ocupación de terrenos en el MUP NUM000 con destino a Bocamina y plaza para

instalaciones auxiliares, que para seguir tramitando el expediente correspondiente, que era el O-4/95, debería presentar en el plazo de 10 días los documentos reseñados con una cruz en otro documento que acompañaba a dicho escrito, entre cuyos documentos aparecía identificado con la letra j) el consistente en el Informe de la ponencia sobre Evaluación de Impacto Ambiental, siendo contestado el referido escrito por otro de 25 de enero de 1995 del Ingeniero Jefe-Cielo Abierto de MSP en el que, alegando la complejidad que suponía la elaboración de los Proyectos de Restauración y Estudio de Impacto Ambiental, solicitaba una ampliación del plazo para presentarlos (Folios 300 a 302 del Anexo 2 sobre Expedientes de Ocupación de Terrenos).

En escrito de 31 de octubre de 1995 el Jefe de la Sección de Espacios Naturales informaba negativamente, la ocupación de terrenos en el MUP NUM000 con destino a la apertura de Bocamina y Plaza para instalaciones auxiliares, por considerar que el área a ocupar se hallaba dentro del ámbito geográfico de la aplicación del Plan de recuperación del Oso pardo, aprobado por Decreto 108/1990 de 21 de Junio, y se trataba de una zona de corredor de gran importancia para el oso pardo que comunicaba las poblaciones asturianas de Somiedo con las del Noroeste de la provincia de León y, además, porque la explotación carecía del correspondiente Estudio de Impacto Ambiental que debería hacer referencia a la mentada circunstancia al estar considerada dicha área como de Sensibilidad Ecológica en la Ley 8/1994 de Evaluación de Impacto Ambiental ( Folios 292 y 293 del Anexo 2 sobre Expedientes de Ocupación de Terrenos).

Con fecha 12 de enero de 1996 el Jefe de la Sección de Espacios Naturales y el Jefe del Servicio Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio informaron negativamente la solicitud de autorización para la apertura de una pista en el Feixolin en tanto no se realizara el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental que debería contemplar la circunstancia de que el área a ocupar por la pista se hallaba dentro del ámbito geográfico del Plan de Recuperación del Oso Pardo en Castilla y León y por tratarse de un Área de Sensibilidad Ecológica según la Ley 8/1999 de Evaluación de Impacto Ambiental ( Folios 693 a 696 del Anexo 4 sobre Expedientes de Ocupación de Terrenos).

En fecha 10 de Junio de 1998 el Jefe del Servicio Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio y el Jefe de la Sección de Espacios Naturales y Especies Protegidas emitieron sendos Informes desfavorables, en relación con la ocupación de terreno en el MUP NUM000 con destino a área de explotación a cielo abierto y vertido de estériles, porque el paraje donde se pretendía llevar a cabo la ocupación tenía importancia como zona de corredor de comunicación entre las poblaciones del oso del noroeste de la provincia de León y las de Somiedo en Asturias y, porque suponía una alteración significativa de los valores naturales a salvaguardar con la aplicación del Decreto 108/1990 de la Junta de Castilla y León (Folios 764 y 765 del Anexo 5 sobre Expedientes de Ocupación de Terrenos).

MSP, sin disponer de licencia urbanística, de Estudio de impacto ambiental, ni de licencia ambiental, inició los trabajos de explotación en el Feixolin en el año 1995, realizando en su área de acción diversas instalaciones tales como vertederos, escombreras, pistas de tierra, pistas asfaltadas, plazas mineras, balsas, canalizaciones de agua, escolleras, así como naves de distintos tamaños para reparaciones mecánicas y de almacenamiento, talleres, aseos, casetas y transformadores, cuyo conjunto conformaba la infraestructura de este tipo de instalaciones mineras (Folio 512, Tomo III).

En escrito de MSP presentado el día 22 de mayo de 1995 registrado con el nº 3.913 se solicitaba licencia de obras según proyecto que se adjuntaba. (Folio 56 Tomo I). De acuerdo con el Proyecto presentado las obras para las que se solicitaba licencia consistían en sondeos, calicatas y obras de infraestructura tales como pista de acceso a la explotación y explanación donde instalar acopio de carbón, taller portátil y almacén de herramientas (Folio 513 Tomo III).

En escrito encabezado por Don Jacobo como representante de MSP, de fecha 28 de agosto de 1995, registrado en esa misma fecha con el nº NUM005 del Ayuntamiento de Villablino, se solicitaba licencia para efectuar pista de acceso al cielo abierto el Feixolin según Proyecto adjunto redactado por el ingeniero Don Jacobo (Folios 58 Tomo I y 513, Tomo III).

En escrito encabezado por Don Jacobo como representante de MSP, de fecha 20 de septiembre de 1995, registrado en esa misma fecha con el nº 7483 del Ayuntamiento de Villablino, se recordaba el escrito presentado el 22 de mayo de 1995 y se solicitaba la aprobación de la Licencia de obras solicitada en el referido escrito (Folio 59 Tomo I).

Habiendo presentado el Procurador Don Manuel Fernández Fernández, en representación de Narsil SL, un escrito en el mes de diciembre de 1998 en el Ayuntamiento de Villablino en el que solicitaba información sobre la existencia o inexistencia de licencia urbanística de la mina a cielo abierto el Feixolin, propiedad de MSP (Folios 198 a 201Vto, Tomo II), la Comisión de Gobierno presidida en ese momento como Alcalde por el acusado Don Roman, en sesión del día 16 de marzo de 1999, contemplando las tres peticiones de licencia que se acaban de enumerar, entendió "concedida la pertinente licencia a tenor de lo establecido en el artículo 43.2.a) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y, a sensu contrario, del artículo 242.6 de la Ley del Suelo" (Folios 201 y 202, Tomo II).

En Decreto de 24 de febrero de 2004 (Folios 168 a 170, Tomo II) adoptado por Don Abdulio, que había sucedido en la Alcaldía de Villablino a Don Roman tras el cese de este último como Alcalde en Junio de 2003, se disponía en su apartado Quinto la continuación del expediente de regularización de actividad sin licencia ambiental, en la parte de suelo del Feixolin clasificado como rústico común de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 de la

Ley de Prevención Ambiental de Castilla y León, requiriendo a la entidad promotora, esto es, a MSP para que en el plazo reglamentariamente establecido solicitara las preceptivas licencias ambiental y urbanística y acompañara la documentación técnica necesaria que describiera las actividades comprensivas de la explotación a cielo abierto y de las instalaciones vinculadas a la misma.

Mientras tanto, MSP continuaba explotando la mina a cielo abierto el Feixolin.

Fue en sentencia de fecha 25 de octubre de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid (Folios 593 y siguientes, Tomo III), donde se acordó la medida cautelar solicitada por la entidad Narsil SL, consistente en la suspensión de todas las actividades mineras de la explotación que la empresa MSP estaba realizando en la zona de "El Feixolin", al amparo del Decreto de la Alcaldía de Villablino de 24 de febrero de 2004.

En la misma resolución se acordaba su comunicación a la Alcaldía de Villablino para que dispusiera su inmediato cumplimiento.

Pocas fechas después, en sentencia de 18 de noviembre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de León (Folios 600 y siguientes, Tomo III), se anulaba el apartado Quinto del Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Villablino de 24 de febrero de 2004 y se ordenaba al Ayuntamiento que realizara la actividad administrativa necesaria para la suspensión y clausura de la actividad y la apertura de los procedimientos sancionadores y de restauración a que hubiere lugar.

MSP, sin que hasta entonces llegara a disponer de licencia ambiental ni urbanística, explotó de manera efectiva la mina el Feixolin hasta, cuando menos, el día 23 de mayo de 2006 en que el Delegado Territorial dictó Resolución por la que se le autorizaba el Proyecto y Plan de Restauración de Abandono y Cierre de la explotación a cielo abierto El Feixolin (Folios 392 a 402, Tomo VI y Documento nº 5 de los presentados por la representación de MSP al inicio de las sesiones del juicio), Resolución que se adoptó como consecuencia de que, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de León en auto de fecha 31 de enero de 2006 (Folios 90 a 97, Tomo IV) había acordado la ejecución provisional de su sentencia de fecha 18 de noviembre de 2005 (Folios 600 a 612, Tomo III) y de que en otro auto, esta vez, de fecha 3 de mayo de 2006 (Folios 113 a 118, Tomo IV) había acordado la colaboración administrativa de la Junta de Castilla y León, en ejecución del primero de los referidos autos, de modo que la Delegación Territorial, se decía, debería resolver sobre la autorización de cierre y abandono de labores y sobre la aprobación del plan de restauración.

La actividad industrial desarrollada a plena satisfacción por MSP en el Feixolin entre el año 1995 y mayo de 2006, al llevarse a cabo sin someterse al Procedimiento de evaluación ambiental, sin Estudio de impacto ambiental, sin licencia ambiental y sin licencia urbanística supuso la infracción de algunas disposiciones legales en materia de protección de medio ambiente y de carácter municipal, que se desarrollarán en la Fundamentación Jurídica de esta sentencia.

La actividad llevada a cabo por MSP provocó un impacto negativo y severo en los ecosistemas del área ocupada por la mina el Feixolin.

Así, en cuanto al paisaje, lo más llamativo es la gran apertura de la mina en la que la estructura superficial del suelo ha sido desmantelada en una superficie aproximada de 195 Ha (Folio 737, Tomo VIII) circunstancia que ha supuesto la eliminación de 21 Ha de robleal galaico-portugués, que es un hábitat potencial para especies como el oso pardo y el urogallo, así como la afección directa de 115 Ha de brezal seco europeo, que se trata de un hábitat potencial para algunos mamíferos como el oso pardo y, solapadas con las de los brezales, la afección de otras tantas Has de vegetación cosmofítica (Folio 1635, Tomo X).

La destrucción de esos hábitats en la zona del Feixolin ha ocasionado su fragmentación y provocados efectos demográficos negativos en las poblaciones oseras y una presión significativa para la presencia de esa especie en el área de la explotación y para sus desplazamientos a través del corredor ecológico conocido como de Leitariegos (Folio 1638Vto, Tomo X).

También, esa fragmentación del hábitat ha provocado el declive y reducción del urogallo en el área del Feixolin al punto de figurar entre las de carácter crítico para la especie, suponiendo ello un impacto negativo significativo para dicha clase de ave (Folio 1637Vto, Tomo X).

En definitiva, la actividad minera en el Feixolin ha supuesto una afección indiscutible y severa para el oso y el urogallo.

Así mismo, hasta más de cincuenta especies de aves silvestres, que debían estar en la zona directamente afectada por la explotación minera del Feixolin, no están, debido a los impactos y molestias generados por dicha explotación minera (Folio 735, Tomo VIII).

También, la explotación minera del Feixolin por parte de MSP ha tenido unas consecuencias severas o importantes para las aguas por cuanto ha supuesto la eliminación de una laguna y la de dos cauces de agua que discurrían, uno, hasta la cuenca del río Orallo y, el otro, hasta la cuenca del río San Miguel, corriendo asociada a la eliminación de esos cauces la desaparición de las especies vegetales y, sobre todo, animales, dependientes de esos ecosistemas por tener parte de sus ciclos biológicos ligados al agua, como es el caso de la nutria, el topo de río, el mirlo acuático y varias especies de anfibios (Folio 718, Tomo VIII) .

Por lo demás, el movimiento de grandes volúmenes de tierra que comportó la explotación minera del Feixolin por parte de MSP, modificó la topografía original con el consiguiente impacto paisajístico al punto de que en la unidad de paisaje conformada por la cuenca media-baja del río Orallo dicho impacto es severo o sustancial sobre el medio ambiente (Folios 1635 y 1635 Vto., Tomo X).

Las vibraciones de la actividad desarrollada por MSP en la mina del Feixolin ocasionaron el deterioro de una construcción, "cabana" existente en una finca, contigua al área de la mina, propiedad de Don Silvio, sucediendo que alguna piedra procedente de las voladuras traspaso, dañándola, la cubierta de dicha "cabana". La reparación de los daños en dicha construcción asciende a 58.500 euros.

Por otra parte, fruto de la explotación minera, el suelo de la finca, que estaba destinada a producción de forraje como prado natural de secano, ha sufrido hundimientos del terreno y soportado, esparcidos por ella, restos de escombros procedentes de una escombrera contigua, no pudiendo ser explotada en ninguna actividad por la peligrosidad e inestabilidad de su superficie, estimándose el lucro cesante por tal motivo en 77.131,1 euros (Folios 1419 a 1430, Tomo X).

La relación del acusado Don Narciso con MSP y su sucesora Coto Minero del Cantábrico SA en Liquidación ha sido la siguiente: Don Narciso para el día 10 de febrero de 1995 era Vicepresidente de MSP siendo en dicha fecha cuando el Consejo de Administración tomó el acuerdo de otorgarle poder en su favor, entre otras, con la facultad de: "Llevar la dirección de la sociedad, trazando normas de gobierno y régimen de administración, organizando los servicios, fijar los gastos generales de administración, crear las dependencias que estime necesarias, reformarlas o suprimirlas" (Folio 1373, Tomo X).

Más adelante, con fecha 29 de marzo de 1996, ante la dimisión como consejero de la accionista Comile SA, el Consejo de Administración nombro Consejero a Don Narciso y ratificó su condición de Vicepresidente y Consejero- Delegado con los mismos poderes que tenía hasta la referida fecha (Folio 1381, Tomo).

Don Narciso fue reelegido, con los poderes que tenía hasta ese momento, Vicepresidente y Consejero-Delegado de MSP por el Consejo de Administración en su reunión de 18 de junio de 2001 (Folios 1389 y 1390, Tomo X).

El Consejo de Administración de MSP en su reunión de 2 de enero de 2002, nombro Presidente de dicho Consejo a Don Narciso, con los mismos poderes que tenía hasta entonces como Consejero-Delegado, cesando desde ese momento como Vicepresidente (Folio 1390, Tomo X).

La Junta General de MSP, celebrada el día 22 de junio de 2006, acordó el cese del Consejo de Administración y nombrar como Administrador único a Don Narciso (Folio 1391, Tomo X).

Don Narciso fue, igualmente, Administrador Único de Coto Minero del Cantábrico SA, cargo al que renunció mediante carta de 9 de Julio de 2009 (Folio 1395, Tomo X).

En escritura notarial de 6 de octubre de 2009 el Administrador Único de Coto Minero del Cantábrico SA apoderó a Don Narciso con las facultades a que hace mención dicho instrumento (Folios 1397 a 1400, Tomo X)

Don Narciso conocía el Proyecto de explotación, estaba impuesto y sabía de las circunstancias en que se desarrolló la explotación de la mina el Feixolin y, pese a haber podido procurar que dicha explotación discurriera respetando la legalidad y evitando daños a los ecosistemas, no lo hizo.

La citación a Don Narciso para que declarara en este procedimiento como imputado se acordó por auto de 6 de febrero de 2009 (Folios 849 y 850, Tomo VIII).

En fecha 25 de Julio de 1996 el Secretario del Consejo de Administración de MSP, cumpliendo el Acuerdo de dicho Consejo de fecha 27 de junio de 1996 confirió a favor del aquí acusado Don Rafael poder para que realizara y ejercitara en nombre y representación de MSP una serie de facultades, ninguna de las cuales le habilitaba para la toma de decisiones relacionadas con la administración de MSP, de cuyos órganos de gobierno no consta que llegara a formar parte (Folios 1384 y 1385, Tomo X y escritura de poder aportada como Documento nº 8 por su representación al inicio de las sesiones del juicio), de la misma manera que no consta que Don Rafael interviniera o actuara como Administrador de hecho de MSP.

Igualmente, el Administrador Único de Coto Minero del Cantábrico en escritura de 6 de octubre de 2009 apoderó con las facultades meramente representativas a que hace mención dicha escritura a Don Rafael (Folios 1401 y 1402 Tomo X).

Por último, en otra escritura de 18 de diciembre de 2009, el Administrador Único de Coto Minero del Cantábrico SA revocó a Don Rafael los poderes que le habían sido conferidos en escrituras de 25 de julio de 1996 y 6 de octubre de 2009 (Folio 1402, Tomo X).

El acusado Don Roman desempeñó el cargo de alcalde del Ayuntamiento de Villablino durante dos periodos que fueron: el primero de ellos, desde agosto de 1995 al mes de junio de 2003 y, el segundo, desde octubre-noviembre de 2005 a mayo de 2007.

Al asumir el cargo en la primera de esas etapas Don Roman, ya conocía que MSP estaba llevando a cabo labores de explotación en la mina de carbón a cielo abierto el Feixolin.

Don Roman en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Villablino y Don Narciso en las de Vicepresidente y Consejero Delegado de MSP suscribieron el día 30 de mayo de 1996 un Acuerdo o Convenio (Folios 278 y siguientes, Tomo II) en el que, con la finalidad de alcanzar los objetivos contemplados en un Plan de

Viabilidad aprobado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de fecha 20 de mayo de 1993, así como por la Junta de Castilla y León y los agentes sociales con representación en MSP, convinieron, entre otros extremos, que MSP, que se hacía figurar como titular de diversas concesiones mineras ubicadas en el Término Municipal de Villablino se comprometía a tramitar, antes del inicio de cualquier obra, los permisos y autorizaciones pertinentes y, el Ayuntamiento, a otorgar las autorizaciones administrativas necesarias para las explotaciones de interior, cielo abierto, sus accesos e infraestructuras, así como a regularizar las preceptivas licencias municipales en cuanto a las obras ya realizadas, que figuraban en un Anexo, designado como nº 1, del referido Convenio.

El Ayuntamiento se comprometía, igualmente, a ceder gratuitamente a MSP los terrenos necesarios para la construcción de un ramal ferroviaria en la zona de Las Rozas y, MSP, a restaurar las obras que realizara en el Término Municipal de Villablino.

Ambas entidades se comprometían a realizar conjuntamente un acceso a la planta de tratamiento de carbones.

MSP se comprometía a abonar al Ayuntamiento de Villablino a partir del año 1996 la cantidad anual de veinte millones de pesetas.

MSP se comprometía, también, a elaborar un Proyecto para la recuperación del Ramal Minero Villablino-Caboalles de Arriba, que incluiría una nave destinada a la guarda de material ferroviario, así como a ceder de forma gratuita el chalet nº 297 sito en el Barrio Hospital de Villaseca de Laciana y, también, a pagar al Ayuntamiento la cantidad de 12 millones de pesetas que había de dedicarse prioritariamente para la adquisición de un finca en Caboalles de Arriba para destinarla a fines culturales y deportivos, así como a ceder en precario al Ayuntamiento los terrenos necesarios para la instalación de la estación de transferencia en el paraje denominado Venta de las Perras.

Se proponían así mismo la creación de una Empresa de capital mixto dedicada a la restauración y conservación medioambiental, con la intención de que además de restaurar lo deteriorado pudiera contribuir al desarrollo de la Comarca.

Por último, el Ayuntamiento se comprometía a facilitar y tramitar con carácter prioritario los proyectos industriales que presentara MSP y se ubicaran en su Término Municipal.

No resulta probado que Don Roman, mientras fue Alcalde del Ayuntamiento de Villablino, emitiera ninguna clase de Informe favorable, respecto de algún proyecto de edificación que hubiera presentado MSP, relacionado con el Feixolin, que fuera contrario a las normas urbanísticas.

Tampoco resulta probado que Don Roman, mientras fue Alcalde del Ayuntamiento de Villablino, emitiera Informe favorable alguno para la concesión de licencias que, solicitadas por MSP en relación con el Feixolin, fueran contrarias a las normas urbanísticas.

A partir de las sentencias ya reseñadas, dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de León y tras la Resolución de fecha el 23 de mayo de 2006 dictada por el Delegado Territorial autorizando a MSP el Proyecto y Plan de Restauración de Abandono y Cierre de la Explotación a Cielo Abierto "el Feixolin" (Documento nº 5 de los aportados por la representación de Don Narciso al inicio de las sesiones del juicio), se abrió un proceso de cierre de la mina el Feixolin que se alargo durante algún tiempo, en el que no consta que Don Roman interfiriera ni dejara de prestar la colaboración que en cada momento le fue solicitada, hasta su cese como Alcalde en mayo de 2007.

El presente procedimiento fue incoado por auto del Juzgado de Instrucción de Villablino fecha 6 de noviembre de 2001 (Folio 4, Tomo I).

En Junta General Extraordinaria celebrada el 31 de octubre de 2008, MSP cambió su denominación por la de Coto Minero del Cantábrico SA (Folio 819, Tomo VIII).

Coto Minero del Cantábrico SA fue declarada en concurso por auto de 9 de Julio de 2013, dictado por el Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid (Folio 2061 y siguientes, Tomo

Por otro auto del mismo Juzgado de fecha 17 de septiembre de 2013 se abrió la fase de liquidación (Folio 2068 bis, Tomo

## **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos a Don Narciso como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, de dilaciones indebidas, que apreciamos como muy cualificada con el efecto de la rebaja en dos grados de la pena en otro caso precedente, a las siguientes penas:

La de prisión de dos años y seis meses con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

La de diecinueve meses de multa con una cuota diaria de 15 euros.

Dicha pena de multa dará lugar a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que no se satisfagan.

La de dos años y tres meses de inhabilitación especial para el desempeño de funciones de administración, dirección o gerencia de cualquier empresa de extracción o tratamiento de minerales.

Condenamos, también, a Don Narciso al pago de una sexta parte de las costas.

Igualmente, le condenamos a satisfacer la cantidad que, según el Informe pericial que se emita en el trámite de ejecución de sentencia, se estime necesaria, tanto para restaurar las partes del Feixolin que aun no lo han sido, como para subsanar, si fuera el caso a criterio pericial, las partes que hayan podido ser incorrectamente restauradas.

La cantidad resultante, una vez abonada, se pondrá a disposición de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León, que la destinará a los referidos fines, previos los permisos o autorizaciones que legalmente procedan.

También, le condenamos a indemnizar a Don Silvio en la cantidad de 135.631,1 euros.

En ambos casos, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Minero Siderúrgica de Ponferrada SA y Coto Minero del Cantábrico SA En Liquidación.

A la vez, absolvemos libremente a Don Narciso de los delitos sobre la ordenación del territorio y de prevaricación urbanística de los que era acusado.

Igualmente, absolvemos libremente a Don Rafael del delito contra los recursos naturales y el medio ambiente y del delito contra la ordenación del territorio por los que venía acusado.

Del propio modo, absolvemos libremente a Don Roman del delito de prevaricación urbanística por el que era acusado.

Declaramos de oficio cinco sextas partes de las costas".

### **Tercero.**

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso 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 por el Ministerio Fiscal.

Motivo primero. Al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 319.2º CP. Motivo segundo. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, en relación con el art. 24.2 CE (vulneración del derecho a la presunción de inocencia).

Motivos aducidos por Narciso.

Motivo primero. Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º LECrim por error en la apreciación de la prueba. segundo motivo. Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 24.2 CE (presunción de inocencia). Motivo tercero. Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECrim por error en la apreciación de la prueba. Motivo cuarto. Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 326, apartado A) CP. Motivo quinto. Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por indebida aplicación del art. 66.1, regla 2ª, en reacción con el art. 338, CP

Motivos aducidos por Marcos.

Motivo primero. Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación del art. 319.2 CP. Motivo segundo. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación de los arts 320.1 y/o 320.2 CP.

### **Cuarto.**

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por los recurrentes, adhiriéndose al recurso interpuesto por la acusación particular formulado por Marcos e impugnando el otro recurso; la representación legal de Marcos interesa la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del recurso de Narciso; la representación legal de Narciso se reitera en los motivos de su recurso, interesando su inadmisión y/o desestimación de ambos recursos. La representación legal de la parte recurrida Roman impugnó los recursos. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**Quinto.**

Por providencia de fecha 27 de octubre se suspendió la deliberación señalada para el día y fecha y ya iniciada, de conformidad con lo previsto en el artículo 897 LECrim, confiárase a todas las partes audiencia por el plazo común de diez días para que informen por escrito lo que tengan por conveniente sobre:

- a) Repercusiones en el primer motivo del recurso de las acusaciones ( art. 319.2 CP) de la eventual fecha de las construcciones: aplicación de la Ley Penal en el tiempo y posible prescripción; y
- b) Concurrencia del elemento subjetivo en la agravación por clandestinidad a la vista del acuerdo de la Corporación Municipal de 1999.

**Sexto.**

La acusación popular evacuando la audiencia conferida entendió que el delito contra la ordenación del territorio por el que había venido acusando podía entenderse prescrito y argumentando para rechazar que el Acuerdo aludido en la providencia del Ayuntamiento pudiese afectar al subtipo agravado consistente en la clandestinidad de la actividad. El Ministerio Fiscal dio por reproducidos sus anteriores alegatos insistiendo en ellos y aludiendo a la posible vinculación de conexidad del delito contra la ordenación del territorio con el delito contra el medio ambiente lo que afectaría al plazo de prescripción de aquél. Por su parte el acusado recurrente y recurrido volviendo a negar la existencia de base para afirmar la concurrencia de un delito contra la ordenación del territorio, estimó que, en su caso, estaría prescrito; al tiempo que insistió en su petición de suprimir la agravación por clandestinidad.

**Séptimo.**

Reanudada la deliberación se prolongó hasta el pasado día 22 de mayo.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

- a). Recursos del Ministerio Fiscal y de la acusación popular.

**Primero.**

El paralelismo entre los recursos interpuestos por las dos acusaciones invita al tratamiento conjunto.

El primer motivo de ambos recursos protesta por la inaplicación del art. 319.2 CP y lo hace a través del art. 849.1º LECrim, es decir, valiéndose de argumentos estrictamente jurídico penales. El hecho probado justificaría la absolución por ese delito en una normativa urbanística posterior que convirtió en autorizable las construcciones y edificaciones (vertederos, escombreras, pistas de tierra, pistas asfaltadas, plazas mineras, balsas, canalizaciones de agua, esocolleras, naves de diversos tampos, talleres, aseos, casetas y transformadores) que había realizado la entidad gestionada por el acusado, sin contar con la preceptiva licencia, en suelo no urbanizable, Conforme al planeamiento vigente en el momento en que se levantaron esas instalaciones se trataría de edificaciones no autorizables. Sin embargo modificaciones posteriores han variado el régimen urbanístico de ese suelo.

La sentencia deja constancia en el factum de que el plan general de ordenación Urbana del Ayuntamiento de Villablino se modificó posteriormente cambiando la condición del suelo, convirtiéndose así las instalaciones en autorizables.

La Audiencia dice no haber podido determinar si la construcción se produjo antes o después de esa modificación normativa publicada el 2 de mayo de 1995. La data en el año 1995 sin mayores especificaciones.

El tipo penal exige, ciertamente, que se trate de construcción no autorizable. No basta la falta de autorización.

Pero acompaña la razón a las acusaciones cuando manifiestan que hay que estar al régimen urbanístico que regía en el momento de la acción; sin que pueda atribuirse a modificaciones posteriores de la normativa extraprocesal eficacia retroactiva. Aciertan ambas acusaciones al traer a colación tanto la STS 88/2018, de 13 de enero, como el ATS de 4 de mayo de 2013. Su doctrina descalifica el intento de buscar una vía despenalizadora basada en modificaciones ulteriores del planeamiento.

Insistirá en iguales apreciaciones la más reciente STS 241/2022, de 16 de marzo. Compensa transcribir algunos pasajes:

"Con respecto al carácter no autorizable de la construcción ya hemos señalado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 88/2018 de 21 Feb. 2018, Rec. 779/2017 que: "Ni el posible cambio de planeamiento, desactiva la antijuridicidad de la conducta; las normas de planeamiento urbanístico, como cualesquiera otras son de

obligado cumplimiento. Si la conducta dejara de ser típica, porque la mera posibilidad de cambiar el planeamiento, o la normativa urbanística, vaciaría esta tipología.... La finalidad de tal requisito normativo, únicamente atiende a no tipificar aquellas construcciones realizadas sin licencia, aunque de haberse solicitado, se habría concedido, en cuanto no afectan al buen orden del territorio, con independencia del ilícito administrativo incurrido por la omisión; o bien, aquellos supuestos donde la no concesión de la licencia derivaba de defecto subsanable en ese momento y en atención a la legislación entonces vigente.

Ciertamente, a través de un recurso de casación, esta Sala no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este elemento normativo; sin embargo, contamos ya con criterio ampliamente reiterado en resoluciones donde denegamos la autorización para interponer recurso de revisión de sentencias firmes condenatorias por delito contra el orden del territorio, para los supuestos donde ulteriormente opera una modificación de los instrumentos de planeamiento; o la parcela en la que se construyó la edificación pasa de suelo no urbanizable protegido a suelo urbano residencial; o incluso cuando por resolución judicial en virtud del deslinde aprobado, la zona de protección de servidumbre marítima donde se construyó, se afirma fuera del dominio público marítimo terrestre.

Así, el Auto de esta Sala Segunda, de 4 mayo 2013, rec. 20296/2012, deniega autorización para interponer recurso de revisión de sentencia condenatoria por delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2 CP y delito de desobediencia del art. 556 CP, donde en síntesis los hechos que motivaron la condena consistían en una construcción no autorizable dentro de suelo no urbanizable, careciendo de las preceptivas licencias ( art. 319.2 CP ) y en la persistencia en las obras pese a diversos requerimientos para su paralización que le dirigió la correspondiente autoridad administrativa (desobediencia); denegación que esta Sala Segunda funda no solo en el informe del Ministerio Fiscal: "la simple manifestación de voluntad del Consistorio de proceder a modificar el Planeamiento para si es posible de acuerdo a la normativa legalizar la construcción, no varía el carácter de "edificación no autorizable" al tiempo de realizarse los hechos que es lo que exige el tipo penal aplicado. El delito no desaparece por esa intención exteriorizada por el Consistorio de proceder a dicho cambio para tratar de regularizar la zona, que es en definitiva lo que se acuerda como criterio, sin una ejecución concreta ni resultado final"; sino además, porque:

(...) aunque contásemos ya con una plasmación efectiva de esa moción (que es solo eso: exteriorización oficial de una aspiración) y una modificación de los instrumentos de planeamiento en virtud del ius variandi que habilitase el acceso a la legalidad urbanística de tal construcción, ni quedaría acreditada la inocencia, ni sería propiamente un recurso de revisión el cauce para intentar proyectar en los hechos esa vicisitud. Estaríamos en todo caso ante una eventual -y en este caso nada clara- aplicación retroactiva de la legislación extrapenal más beneficiosa que debería hacerse valer por otro medio diferente ( art. 2.2 CP ). En cualquier caso no sobra adelantar que el principio de retroactividad de las normas que completan las leyes penales en blanco en cuanto resulten favorables al reo tiene muchas matizaciones: incluso en ese eventual escenario futuro, sería más que discutible que la infracción penal desapareciese por efecto de esa posterior reforma de la normativa extrapenal.

(...) solo cuando esa nueva norma extrapenal suponga una valoración distinta de la conducta sancionada será predicable esa aplicación a hechos anteriores. En muchas ocasiones las modificaciones legislativas no implican una nueva valoración jurídica de los hechos por parte del legislador -razón última de la aplicación retroactiva de la legislación extrapenal-, sino puros cambios fácticos que afectan al supuesto de hecho regulado. Entonces, como se ha dicho "pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un individuo que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo... realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar... El comportamiento realizado en un momento anterior continúa estando desvalorado".

Esto sucede frecuentemente en los delitos contra la ordenación del territorio. Se refieren a las normas y condiciones vigentes y exigibles en el momento en que se lleva a cabo la acción. Que posteriormente la normativa varíe esas condiciones no afecta a la antijuridicidad de la conducta pasada, ni supone necesariamente una valoración diferente y más benigna de la misma. Lo relevante es la normativa que regía en el momento de los hechos".

Así, el carácter del suelo y la no posibilidad de conceder licencia para construir se data al momento de la construcción y según la sentencia no había ni cabía posibilidad de concederse licencia, con independencia de que en un futuro cualquier cambio normativo pudiera llevarse a efecto, pero ello no altera la tipicidad de las conductas infractoras al momento de cometerse los hechos.

Como también hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo 463/2019 de 14 Oct. 2019, Rec. 2561/2017:

"El suelo en el que se estaban construyendo los inmuebles era suelo rústico y que no existía posibilidad de autorizar en él ningún tipo de promoción, definen esa eventualidad delictiva".

En la sentencia de instancia se hace constar, confirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial, que: "Las obras realizadas son incompatibles con ordenación urbanística vigente, en concreto, constituyendo de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.2 de la LSG un uso prohibido en suelo rústico de protección ordinaria la construcción de una vivienda destinada a uso residencial e incumpliendo a su vez las obras las condiciones de edificación establecidas en el artículo 39 de la LSG en cuanto superficie".

Y se añade por extensión para calificar el suelo donde se realizó la construcción que: "La parcela de autos le es aplicable el régimen Rústico de Protección Ordinaria Ordinaria, explicando de modo coincidente con el testigo, que el Suelo Urbanizable no Programado, de acuerdo con la normativa ya analizada, equipara, al no estar adaptado a la Ley del 97 ni a la del 2002, al No Delimitado y este al Suelo Rústico de Protección Ordinaria".

Con ello, la obra era no autorizable en suelo no urbanizable, no alterando la tipicidad que en el futuro pudieran ser objeto de modificaciones la normativa respecto del suelo en cada zona, pero al momento de la construcción ésta llevaba la imposibilidad constructiva que se fija en el relato de hechos probados y es argumentado en la sentencia, lo que en la vía del motivo ex art. 849.1 LECRIM hace inviable el recurso.

Además, sobre la necesidad de tutelar el interés de que el territorio quede y esté ordenado debidamente y que los particulares no puedan disponer a su antojo de construcciones a realizar en zonas rústicas bajo el alegato de lo que "en un futuro pudiera cambiar el plan de ordenación" y poder reconvertirse ya expusimos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 691/2019 de 11 Mar. 2020, Rec. 306/2018"

### **Segundo.**

Ahora bien, pese a lo impecable de su argumentación los motivos no pueden ser acogidos por una cuestión que puso de manifiesto esta Sala invitando a las partes a efectuar alegaciones sobre ella. Si el hecho sería delictivo solo si las construcciones se hubiesen levantado antes de esa modificación del planeamiento, es decir en el primer semestre de 1995, y el acusado no fue llamado a declarar hasta 2009, los hechos estarían prescritos. Lo ha venido a asumir la acusación popular en actitud digna de aplauso y coherente con lo que debiera ser -y no siempre es- la posición de una acusación popular que encarna un interés social en la condena del culpable, pero no a toda costa, sino solo cuando resulta legalmente procedente.

Es más, ni siquiera serían hechos delictivos pues se habrían llevado a cabo bajo la vigencia de un Código Penal que no sancionaba tales conductas abandonando su tutela al derecho administrativo sancionador. El Código de 1995 no entró en vigor hasta mayo de 1996. No cabe su aplicación retroactiva en perjuicio del acusado. Para plantearnos la sanción de esas conductas sería necesario que se declarase probada una fecha de comisión posterior a la entrada en vigor del actual texto punitivo; cronología que, además, descartase una extinción de la responsabilidad penal por prescripción. Es posible que fuese así, pero ni es seguro ni, desde luego, la sentencia lo declara probado.

Los motivos por tanto han de ser desestimados.

### **Tercero.**

También el segundo motivo de los recursos de ambas acusaciones comparten objetivo: reclaman la condena como autor de un delito del art. 320 CP de Roman en virtud de una, un tanto heterodoxa, resolución dictada cuando presidía como Alcalde la Corporación municipal de Villablino.

La conducta sobre la que pivota esa acusación viene representada por el, desde luego atípico y extraño desde el punto de vista del derecho administrativo, decreto de 16 de marzo de 1999 de la Comisión de Gobierno del referido Ayuntamiento presidida por el recurrido que no concede las licencias recabadas (concretadas -y esto es importante- en la realización de una pista de acceso al Feixolin y para las labores de investigación e infraestructuras necesarias par la explotación a cielo abierto), sino que concluye que han de entenderse concedidas por silencio administrativo remitiéndose a unos preceptos legales.

La parte recurrida argumenta que las acusaciones varían en su discurso los términos de los hechos probados. Insiste en eso basándose en algunas afirmaciones del factum. No tiene razón. Ambas acusaciones se atienen escrupulosamente al hecho probado. Otra cosa es que puedan discrepar de la catalogación jurídica que otorga a ese acuerdo la sentencia. Pero eso es una cuestión estrictamente jurídica susceptible de ser combatida a través del art. 849.1 LECrim.

Diferente es que podamos o no acoger las razones de esos recursos.

La acusación popular abandona la tesis inicial de entender que tal acuerdo podía ser acogido por el término informes del art. 320.1 CP. La acusación pública, empero, no desiste de hacer valer esa inicial calificación. Hemos de convalidar la decisión de la Audiencia sobre ese punto: no estamos en rigor ante el tipo de informe -evacuado por un órgano consultivo- en el que está pensando el art. 320.1 CP. Se trata de otra decisión difícil de encuadrar en la tipología de actos administrativos. Pero no es un informe destinado a preparar una resolución posterior sobre licencias.

Reconducir los hechos al art. 320.2º CP es procesalmente factible, pero tampoco se cumplen los requisitos de esa tipicidad. No se produce una decisión en sentido estricto, sino una valoración a efectos de contestar a una

petición de información, en la que se expone un criterio muy probablemente equivocado (aunque en la fecha de los hechos podría estar menos clara la heterodoxia de esa valoración que entendía que las licencias estaban concedidas por silencio: al respecto son de tomar en consideración las referencias jurisprudenciales que reseña en su escrito de impugnación la parte recurrida). No encierra una decisión. No se concede licencia alguna. Nótese además que el informe se refería a dos concretas peticiones de licencia lo que lleva a la Sala de instancia a referir los hechos más al art. 329 CP, no rescatable por razones procesales, que al art. 320 para lo que se necesita un cierto fórceps interpretativo. No se otorga una licencia, tan solo se expresa que en el entendimiento de la Junta de Gobierno las vicisitudes examinadas permitían concluir que las licencias estaban concedidas por silencio positivo.

A mayores, y a la vista del estado de la cuestión en el momento en que se confeccionó ese acuerdo, tampoco es desdeñable el argumento aducido por la defensa sobre la inexistencia del carácter grosero e insostenible del acuerdo cuyo relieve en el plano urbanístico (y solo se examina esa tipicidad) era poco significativo en relación a su trascendencia en el bien jurídico "protección del medio ambiente".

Los motivos no son prosperables.

b). Recurso de Narciso.

#### **Cuarto.**

Dedica el recurso un inicial preámbulo a tratar de justificar el interés casacional, lo que desde la reforma de 2015 se ha convertido en un uso relativamente habitual. Sin embargo eso es necesario exclusivamente cuando estamos ante recursos contra sentencias dictadas en apelación por una Audiencia Provincial. Solo en esos casos es requisito para la admisión la apreciación de interés casacional. La casación clásica frente a sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales no ha sido objeto de más innovación que incrustar una previa apelación ante los Tribunales Superiores de Justicia, lo que no es aplicable a los procesos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. El régimen de admisión no ha sufrido alteración alguna. Sigue siendo el tradicional regulado en los arts. 884 y 885 LECrim. Sobran ese tipo de valoraciones sobre el interés casacional. Pasamos, pues, a estudiar el recurso.

#### **Quinto.**

El primer motivo - art. 849.2º LECrim- contiene una relación de documentos para impugnar la atribución al recurrente de responsabilidad en los hechos. Lo hace a través de un motivo manifiestamente inapto para el objetivo pretendido.

En efecto, el art. 849.2º no constituye, como se entiende demasiadas veces en el foro, una palanca para, apoyándose en un documento, más o menos relacionado con la temática que se quiere abordar, zambullirse plenamente en una íntegra revaloración probatoria. Eso, amén de contradecir la propia ley y la jurisprudencia, sería incompatible con la casación.

La causal de casación por error facti está rodeada de una rigurosa disciplina legal que pocas veces es respetada. Exige:

a) Que el documento invocado sea literosuficiente, es decir, que demuestre por sí, y sin necesidad de mayor argumentación que la desnuda constatación del documento, que la Audiencia ha errado, ha decidido ignorando de forma flagrante lo que dice el documento.

b) Que lo que se desprende del documento no venga contradicho por otros elementos de prueba.

La Audiencia en su motivación fáctica no contradice ninguno de los documentos invocados. Es más: estos podrían incrustarse íntegramente en los hechos probados y lo único que sucedería es que la sentencia ganaría, de forma innecesaria, en volumen; pero para nada habría que alterar sus conclusiones.

En efecto: que Pedro ostentase también amplios poderes y facultades como Director General de la entidad, no es incompatible con ninguna de las conclusiones de la sentencia. Que hubiese otros directivos con responsabilidades sobre la explotación minera, tampoco demuestra la inocencia del acusado que, por su cargo, ni podía desentenderse de la gestión de la mercantil, ni podía desconocer las vicisitudes que va relatando el hecho probado. Su estatus en el entramado social le sitúa en una posición de garante que, aunque sea por la vía de la omisión ( art. 11 CP), le convierte en coautor de la actividad acoplable en el art. 325 CP.

El sostén de la condena viene conformado por unas deducciones lógicas, claras y racionales. Lo irracional o insólito sería que el administrador social estuviese totalmente al margen de esa explotación y sus condiciones, más allá de que las decisiones operativas pudiesen emanar de otras instancias. Pero eso no le libera de responsabilidad.

Igual cabe decir del resto de documentos que se hacen valer.

Que la explotación minera se comenzase a gestionar por la entidad antes de que el acusado accediese a la Compañía es dato asumido, que no niega la sentencia y que en nada se opone a su participación posterior en la conducta delictiva. Como tampoco desmiente esa colaboración, aunque sea omisiva, que las relaciones con la Administración, los contratos o convenios reseñados fuesen gestionados por otros directivos.

No afirma, ni podría afirmar seguramente, la sentencia que el acusado fuese el único obligado a impedir esa actividad lesiva contra el medio ambiente. Ahora bien, que entre los obligados estaba él como administrador único y responsable de la gestión de la empresa, y que no podía ignorar la situación es una deducción bastante elemental que no está contradicha por esa documentación. Demuestra que no firmó determinados documentos relevantes. Pero constatar eso no hace tambalearse lo más mínimo la conclusión de la Audiencia.

El desenfoque del motivo queda patente cuando el recurrente al concretar, como exige el art. 849.2º LECrim, cuál sería la redacción alternativa al hecho probado comienza con un no ha quedado probado. Esas cuatro palabras ya permiten adivinar, sin temor a equivocarse, que un motivo por virtud del art. 849.2º no puede prosperar. Eso puede ser la conclusión de un motivo por presunción de inocencia (que se desarrolla a continuación) pero no el desenlace de un motivo del art. 849.2º que exige acreditar algo a través de un documento. La conclusión habría de ser ha quedado probado que el acusado fue totalmente ajeno a los hechos... o una fórmula semejante. Pero es claro -y eso pone de manifiesto la falta de autarquía demostrativa de los documentos invocados- que de los elementos documentales que ha ido desgranando no puede extraerse esa rotunda conclusión. Puede decirse que no prueban por sí la responsabilidad del acusado (que se edifica sobre otros elementos), pero no que demuestran su total falta de implicación en los hechos.

El colofón final (la empresa contaba con una estructura organizativa con directores con diversas competencias...) puede añadirse al factum y, como se ha afirmado, no habría contradicción con la conclusión probatoria de que el acusado era el máximo responsable, tenía conocimiento de los hechos y, pese a las obligaciones derivadas de su cargo en la sociedad, consintió y toleró esa explotación tan dañina para el entorno ambiental.

## Sexto.

El argumentario desplegado en el anterior motivo podría tener más chance dentro de un motivo por presunción de inocencia como el que se articula bajo el ordinal segundo. El tipo de razonamiento, inencajable en el rígido esquema del art. 849.2º, es más compatible con la presunción de inocencia, mediante la que se aduce que no hay prueba suficiente de la culpabilidad lo que ha llevado a una suerte de responsabilidad objetiva en virtud de la cual se le condena no por su hacer o dejar de hacer, sino por el cargo que ostentaba.

Esa lectura de la motivación fáctica de la sentencia es totalmente errada. No se trata de, mediante una lectura, tan simplista como disparatada, del art 31 CP entender que, cometido un delito por una empresa, el administrador ha de cargar con las consecuencias penales, Esa presentación de la condena es a la vez interesada e inexacta.

La valoración probatoria de la Audiencia es otra (Fundamento de Derecho Séptimo). Constatada la realidad de la actividad típica, deduce de forma racional -lo irracional, a la vista del marco probatorio sería lo contrario- que el acusado no podía ser ajeno a esa actividad. No solo verifica que por su cargo estaba en condiciones de variar esas condiciones de explotación o paralizarlas, sino, sobre todo, que necesariamente tenía que conocer esas circunstancias. No se trata de detalles nimios que pueden escapar a un alto directivo; se trata de una actividad muy relevante de la empresa con una problemática, incluso litigiosa, que no puede pasar inadvertida al administrador. Desentenderse completamente de ello sería un caso claro de comisión por omisión.

Habría imprudencia si esa dejación de funciones ha llegado al punto de desconocer las formas en que se desarrollaba esa actividad (que es dónde acabaría arribando el razonamiento de la defensa: no a una absolución, sino a una responsabilidad penal reducida pues habría culpa: art. 5). Pero por el largo tiempo en que estuvo al frente de la entidad, por las vicisitudes de todo tipo que rodearon la actividad y su conflictividad, y por otras claras máximas de experiencia sostener como hace la sentencia que existía un dolo, al menos eventual ( prefiero no saber más), es conclusión acorde con los exigentes estándares probatorios que reclama una condena penal.

Del razonamiento de la defensa podríamos llegar a intuir que quizás existieron más responsables a los que se podía haber imputado. Pero no es eso ni cuestión que esté la defensa legitimada para suscitar, ni cuestión que debamos ni podamos plantearnos.

## Séptimo.

Los dos motivos siguientes dan vueltas a la apreciación del subtipo agravado basado en la clandestinidad entendiéndose por tal la falta de licencia para las instalaciones.

El motivo tercero pivota otra vez sobre el art. 849.2º, blandiendo alguna documentación oficial de la que se desprenderían determinadas autorizaciones. Y el art. 849.1º -anclaje del motivo cuarto- extrae las pertinentes consecuencias.

Resulta innecesario el abordaje del motivo tercero por cuanto en su mayor parte y, desde luego, en lo más relevante, lo esencial y verdaderamente trascendente de la documentación que se esgrime está aceptado por el hecho probado. Basta ello para aceptar la pretensión del recurrente: no es aplicable ese subtipo agravado.

En efecto: en 1999, mes de marzo, según se ha expuesto al hilo de uno de los motivos articulados por las acusaciones, se dictó un extraño acuerdo que declaraba concedidas las licencias solicitadas en cuanto a la explotación por silencio administrativo.

La conformidad a la legalidad de tal acuerdo, no solamente es que sea más que controvertida, sino que además fue rechazada por la jurisdicción competente anulando el acuerdo.

Podríamos pensar, por tanto, que materialmente había clandestinidad en el sentido marcado por la jurisprudencia, en cuanto no habría una autorización legal. No vamos a entrar en disquisiciones sobre esa cuestión. No hace falta. Porque, aunque partiésemos de esa premisa, lo que no puede afirmarse es que concurra el tipo subjetivo de esa modalidad agravada que reclama no solo que concurra la base fáctica de la clandestinidad (concepto con un componente normativo según lo ha entendido el Tribunal Supremo y según se deriva de su propia definición legal), sino además que el sujeto activo sea consciente de esa clandestinidad o falta de toda autorización administrativa.

Si a partir de marzo de 1999, un documento oficial y razonado extensamente (otra cosa es su acierto), declaraba que la empresa debía entender concedida esa licencia por silencio, no es exigible al particular que reexamine personalmente la legalidad del acuerdo y se abstenga de actuar en el caso de que tenga motivos para intuir que podría no adecuarse a la legalidad, so pena de cargar con un tipo agravado. Por tanto, al menos a partir de esa fecha no podía apreciarse el subtipo agravado por falta del elemento subjetivo. Ni siquiera podía llegarse, en esa situación, a calificar de imprudencia grave el haber actuado contando con la legitimidad de esa autorización por silencio: una autorización tácita documentada -en extraña paradoja-. No es factible, por tanto, recuperar el subtipo agravado ni siquiera acudiendo a una modalidad imprudente del art. 326 en relación con el 331, vía, por la que además, llegaríamos a un marco penalógico idéntico.

¿Y la actividad anterior a esa fecha?

Puede discutirse si concurría también la clandestinidad a la vista de otros permisos citados por la defensa. Pero en cualquier caso estaríamos ante hechos prescritos: al menos todos los sucedidos hasta marzo de 1999: el recurrente no fue llamado a declarar como investigado hasta febrero de 2009. Quedaría un mes sin cobertura. Pero además de resultar ayuno de detalles el hecho probado como para sobre ese escaso lapso temporal levantar el subtipo agravado, y contarse con otros permisos cuya presencia hace discutible que concurra la base del subtipo tal y como ha sido entendido por la jurisprudencia, que esas licencias estuviesen ya solicitadas, y la Corporación las declare concedidas por silencio administrativo, es decir con efectos anteriores, diluyen una construcción que ya de por sí resultaría extremadamente complicada.

### **Octavo.**

Repasemos algo sobre la jurisprudencia aludida relativa a la agravación por la clandestinidad.

La STS 521/2015, de 13 de octubre proclama que el subtipo agravado derivado de la clandestinidad de la industria no es apreciable en una actividad empresarial que cuenta con autorizaciones administrativas aunque se haya desviado de sus términos y de su estricto ámbito.

Desarrolla este precedente una completa visión panorámica de los vaivenes jurisprudenciales:

"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 enseñaba 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 V.S., 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 del 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 mismo 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 (SSTS. 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 , toda vez 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 concorra 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 adecuarse 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 del 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 detrimento del básico. Si la licencia exigida para excluir la agravación es la específica de 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 C.P .), 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 SS.T.S. 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 C.P .), 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 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".

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 detallan 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.

...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 efectivamente 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 Luis Andrés) 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 actividad industrial con la que era naturalmente compatible el tratamiento - bien que ilegal- de los residuos electrónicos en cuyo manejo se produjeron las actividades contaminantes".

La sentencia transcrita, en referencia que, pese a su extensión, merecía la pena reproducir por reflejar de forma exhaustiva las vicisitudes interpretativas por las que ha atravesado ese subtipo agravado en la doctrina de esta Sala Segunda, acababa estimando el motivo y suprimiendo la agravación. Las SSTS 926/2016, de 14 de diciembre, y 941/2016, de 15 de diciembre, asumirán igual tesis.

El acuerdo municipal adoptado permitiría sostener que, en el caso de que fuese factible hablar materialmente de clandestinidad por su incorrección jurídica, sería inviable argumentar que existía conocimiento de esa clandestinidad, entendida en sentido normativo, por parte del acusado. El tipo subjetivo es descartable.

## **Noveno.**

El último motivo no añade pretensión nueva: es la simple consecuencia penológica de la estimación de los anteriores.

## **Décimo.**

Han de ser declaradas de oficio las costas del recurso de la defensa al haber sido parcialmente estimado. La acusación popular, por el contrario, habrá de correr con las costas derivadas de su recurso desestimado. No así,

y pese a la desestimación, las del Ministerio Público pues la ley por su relevante posición institucional le exime del pago de costas ( art. 901 LECrim).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la acusación popular Marcos contra la Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2019 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, en el rollo PA nº 28/2017. Condenando a Marcos al pago de las costas de su recurso.

2. ESTIMAR el recurso de casación de Narciso contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas por estimación de los motivos tercero y cuarto de su recurso con declaración de las costas de este recurso de oficio.

3. DESESTIMAR el recurso de I Ministerio Fiscal con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
Antonio del Moral García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
Ángel Luis Hurtado Adrián

### RECURSO CASACION NÚM.: 5003/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar  
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
D. Antonio del Moral García  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villablino, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de León (Sección Tercera), y que fue seguida por delito contra los recursos naturales y el medio ambiente contra Narciso y otros en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Único.**

Se dan por reproducidos los Antecedes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**

Por las razones expuestas en la anterior sentencia los hechos no son encuadrables en el art. 326 CP. Hay que estar, pues, a la penas marcadas por los arts. 325 y 338 CP. Las penas del tipo básico -prisión de seis meses a cuatro años; multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación de uno a tres años- han de ser incrementadas un grado por virtud de lo establecido en el art. 338. Nos situamos así en penas de prisión de cuatro a seis años, multa de veinticuatro a treinta y seis meses e inhabilitación de tres a cuatro años y seis meses.

Como se ha apreciado una atenuante cualificada, esas penas han de ser reducidas uno o dos grados. No hay razones para no respetar el criterio del Tribunal a quo: reducción en dos grados.

Quedan así unas horquillas penales concretadas en prisión de uno a dos años; multa de seis a doce meses e inhabilitación de nueve meses a un año y seis meses.

La gravedad de los hechos por el deterioro medio ambiental producido y que la acogida de una reducción en dos grados por la atenuante ya resulta por sí harto generosa, aconseja elevarnos por encima de los mínimos. Un año y diez meses de prisión, extensión que permite acogerse a los beneficios de la suspensión, parece duración ponderada de la pena de prisión. La multa se concretará en diez meses con idéntica cuota; y la inhabilitación en un año y cinco meses.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. **CONDENAR** a Narciso como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, de dilaciones indebidas, que se aprecia como muy cualificada a las penas de prisión de **UN AÑO Y DIEZ MESES** con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de **DIEZ MESES** con una cuota diaria de 15 euros y la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e inhabilitación especial para el desempeño de funciones de administración, dirección o gerencia de cualquier empresa de extracción o tratamiento de minerales por tiempo de **UN AÑO Y CINCO MESES**.

2. En el resto se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto sean compatibles con este; y en especial, los relativos a costas, indemnizaciones y absoluciones decretadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
Antonio del Moral García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
Ángel Luis Hurtado Adrián

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.