



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2803

Madrid, martes 9 de marzo de 2010



## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/307356

TS Sala 3ª, Sección 3, Sentencia 24 noviembre 2009. Ponente: D. Eduardo Espín Templado

### Almacenamiento de residuos radioactivos procedentes de centrales nucleares

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares de España contra la STSJ de Madrid, que confirmó las resoluciones del Director General de Energía y del Secretario de Estado de Industria y Energía, sobre almacenamiento de residuos radioactivos procedentes de centrales nucleares. Rechazadas las alegaciones de contaminación tanto de alguno de los peritos que informaron en la instancia como del propio tribunal sentenciadora, la Sala llega a la conclusión de que la licencia inicial de las centrales incluía el almacenamiento temporal de los residuos nucleares hasta su traslado a emplazamientos de almacenamiento definitivos, señalando que el almacenamiento temporal en las piscinas de las centrales, ampliados o modificadas de conformidad con las respectivas autorizaciones requeridas por el art. 4 Decreto 2869/1972, resulta perfectamente regular.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares impugna la Sentencia de 18 de abril de 2007 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso contencioso administrativo entablado contra las resoluciones del Director General de Energía de 23 de julio de 1999 y del Secretario de Estado de Industria y Energía, de 18 de noviembre de 1999, sobre almacenamiento de residuos radioactivos procedentes de centrales nucleares.

La Sentencia recurrida expone así los antecedentes de hecho y las posiciones de las partes en el recurso a quo:

“Primero.- Son de destacar los siguientes antecedentes que constan en el expediente administrativo o en los autos:

1) Los Directores de las Centrales Nucleares de Almaraz, Ascó, Trillo, Vandellós II, Cofrentes, José Cabrera, Santa María de Garoña, solicitaron autorización para la puesta en marcha de una instalación de almacenamiento de combustible gastado mediante nuevos bastidores de almacenamiento compacto que sustituirían a los existentes. Tras ello se dictaron por la Dirección General de la Energía las siguientes resoluciones:

A) De fecha 17 de mayo de 1991, para la C.N. de Almaraz, en la que se modificó la condición 3.1.d de los Anexos a las Órdenes del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo de 26-6-89 y 12-6-89, quedando redactada así: “En la piscina de combustible irradiado se podrá almacenar

combustible del tipo 17x17 estándar, o 17x17 AEF, con un enriquecimiento máximo de 4,30% en peso de U- 235”. También se acordó autorizar la puesta en marcha de la nueva instalación de almacenamiento de combustible gastado y aprobar las Revisiones núm. 29 y núm. 21 de las Especificaciones Técnicas de Funcionamiento de las Unidades I y II, respectivamente, las cuales estarían constituidas por las propuestas presentadas con las condiciones que se establecían en el Anexo de la misma Resolución.

B) De fecha 12 de junio de 1992 (corregida por resolución de 15 de junio de 1992) para la C.N. de Ascó, en la que se modificó la condición 3.1 de los Anexos a las Órdenes Ministeriales de 11 de octubre de 1990 quedando redactada así:

“Poseer y almacenar combustibles de Uranio ligeramente enriquecido, de los tipos 17x17 estándar, 17x17 OFA y 17x17 AEF, con los parámetros de diseño indicados en el Estudio de Seguridad de la Recarga de cada ciclo o referenciados en el mismo. No se podrá almacenar combustible nuevo cuyo uranio haya sido sometido a reprocesamiento” También se acordó aprobar autorizar la puesta en marcha de la nueva instalación de almacenamiento de combustible gastado y aprobar las Revisiones núm. 31 y núm. 33 de las Especificaciones Técnicas de Funcionamiento de las Unidades I y II, respectivamente, las cuales estarían constituidas por las propuestas presentadas con las condiciones que se establecían en el Anexo de la misma Resolución.

C) De fecha 16 de febrero de 1996 para la C.N. de Trillo, en la que se autorizó la puesta en servicio de la modificación de los bastidores de almacenamiento de combustible gastado propuesta, con las condiciones que se indicaban en el Anexo I de la Resolución, y se aprobó como Revisión núm. 16 de las Especificaciones Técnicas de Funcionamiento, la propuesta que se incluía en el Anexo II de la Resolución.

D) De fecha 20 de junio de 1997 para la C.N. de Vandellós II, en la que se autorizó la puesta en marcha de la modificación de diseño consistente en la instalación de nuevos bastidores de almacenamiento de

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Principios de publicidad, intermediación y contradicción en la actividad probatoria 9

### TS

#### CIVIL

Nulidad de cláusula introducida por promotora en escritura de constitución de propiedad horizontal 11

#### PENAL

Absolución del delito contra el medio ambiente 13

#### ADMINISTRATIVO

Almacenamiento de residuos radioactivos procedentes de centrales nucleares 1

#### SOCIAL

Denegación de la realización de un horario concreto para la guarda de un hijo menor 15

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

INTERNET  
http://www.elderecho.com  
e-mail: clientes@elderecho.com

combustible gastado excluyendo la posibilidad de almacenar combustible consolidado y con las condiciones que se incluían en el Anexo de la Resolución.

E) De fecha 7 de agosto de 1997 para la C.N. de Cofrentes, en la que se autorizó la puesta en marcha de la modificación de diseño consistente en la instalación de nuevos bastidores de almacenamiento de combustible irradiado, limitada al almacenamiento de combustibles de los tipos y diseños de celda utilizados en los ciclos décimo y anteriores, con enriquecimiento medio máximo del 4% en peso U-235, y con las condiciones que se incluían en el Anexo de la Resolución.

F) De fecha 10 de marzo de 1998 para la C.N. José Cabrera, en la que se autorizó la puesta en marcha de la sustitución de bastidores del foso de combustible irradiado, con las condiciones que se incluían en el Anexo de la Resolución.

G) De fecha 31 de marzo de 1998 para la C.N. de Santa María de Garoña, en la que se autorizó la puesta en marcha de la ampliación de la capacidad de almacenamiento de la piscina de combustible irradiado, con los límites y las condiciones que se incluían en el Anexo de la Resolución.

2) La entidad demandante en este proceso, presento escritos, ante el Ministerio de Industria y Energía solicitando que se declarase, de cada una de las Centrales Nucleares de Vandellós II, Santa María de Garoña, José Cabrera, Trillo I, Ascó I y II, Cofrentes, Almaraz I y II

1. Que carecía de autorización Ministerial para almacenamiento (como no fuese, en el mejor de los casos para su titular, para enfriamiento inicial) residuos procedentes de la instalación.

2. Que carecía de autorización Ministerial para llevar a cabo obras de adaptación de las piscinas y para dar a las mismas tal uso de almacenamiento, como también para cualquier otro tipo de almacenamiento que no fuese el mencionado inicial.

3. Que se adoptas.e de forma inmediata las medidas de disciplina destinadas a impedir esas obras y usos, ordenando además de momento la suspensión cautelar de esas obras y usos.

3) Por resolución de la Dirección General de la Energía, de fecha 23 de julio de 1999 se acordó que no

procedía ninguna de las tres peticiones hechas para cada una de las Centrales Nucleares mencionadas.

4) Presentado recurso de alzada fue desestimado por resolución del Secretario de Estado de Industria y Energía del Ministerio de Industria y Energía, de 18 de noviembre de 1999.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado alegó en primer lugar, en su contestación a la demanda, que el recurso era inadmisilbe por falta de actuación administrativa fiscalizable.

Nos encontramos que hubo una serie de resoluciones de la Administración que no fueron recurridas y ahora se pretende, por una vía indirecta, su modificación o derogación, provocando un acto administrativo que no existía.

En el apartado V de la Exposición de Motivos de la LJCA vigente, que trata sobre el objeto del recurso se dice: "Por razón de su objeto se establecen cuatro modalidades de recurso: el tradicional dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; el que, de manera directa o indirecta, versa sobre la legalidad de alguna disposición general, que precisa de algunas reglas especiales; el recurso contra la inactividad de la Administración y el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho".

Aquí se ha pretendido obtener declaraciones de no existir unas autorizaciones, con lo que no existía acto administrativo o presunto recurrible. En la realidad existen o no existen autorizaciones, en el primer caso, si se dan los presupuestos necesarios podrán recurrirse; en el segundo, si no existen no podrán recurrirse, pero si impugnar los actos que se hagan sin ellas. Por tanto, sólo cabía o impugnar las autorizaciones existentes, lo que no se ha hecho por la parte demandante; o impugnar los actos hechos sin autorización lo que tampoco se ha realizado.

La parte demandante lo que hizo fue solicitar unas declaraciones y el único acto existente, por tanto, es la propia resolución que contesta a lo pedido. En consecuencia, de estimarse que hay acto administrativo lo único revisable en este proceso sería si procedían las declaraciones pedidas y, en consecuencia, en su caso, las medidas interesadas.

En definitiva, sólo sobre lo que se acaba de exponer puede ser admitido

el recurso contencioso administrativo. Pero en ese momento debe plantearse si la parte actora tiene legitimación activa para interponerlo y no cabe duda que debe serle reconocida al haberle sido también admitida en el expediente administrativo.

No procede, por tanto, la declaración de inadmisibilidad pretendida.

TERCERO.- Alega la parte recurrente la existencia de defectos relacionados con la prueba pericial practicada y hace una primera consideración, sobre el informe pericial emitido en fase de prueba por D. Abilio, ingeniero especialista en energía nuclear vinculado laboralmente a la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S.A., designado por la Sala sin observar el procedimiento establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Añade que ya manifestó en su escrito de recusación de 15 de junio de 2006 que en el perito designado por la Sala concurría la causa de recusación recogida en el artículo 624.1 LEC 1881 (aplicable al supuesto de autos por razón de la fecha en que se inició la tramitación del presente recurso) y que, ahora, sigue manteniendo que el perito designado por la Sala, dada su vinculación laboral con Enresa tiene un interés en el resultado final del presente procedimiento, y que un fallo dictado con base en su informe será inválido y casable por el Tribunal Supremo ante algún recurso de las partes.

Entiende la parte recurrente que el hecho de que el perito trabaje para Enresa tiene interés en este proceso, pues el acto recurrido es del Ministerio de Industria y Enresa forma parte de la Administración del Estado y además con su intervención con motivo del problema a que se contrae este pleito se ha de concluir sin dificultad que Ministerio y Enresa han actuado de consuno para no oponerse al control de tales residuos, de modo que, aunque ciertamente -no podía ser de otra forma- el acto recurrido es formalmente del Ministerio, el indebido almacenamiento que aquí se denuncia es fruto de una coadministración del Ministerio y de Enresa, pues ambos han sabido de tales almacenamientos y los han admitido, y ni siquiera han actuado ante la denuncia de esta parte. También aduce que la entidad, Empresa Nacional de Residuos Radiactivo (Enresa) tiene atribuidos ex artículo 4.1 del Real Decreto 1349/2003, de 31 de octubre, las siguientes funciones públicas:

"a) Tratar y acondicionarlos residuos radiactivos.

b) Buscar emplazamientos, diseñar, construir y operar centros para el almacenamiento temporal y definitivo de los residuos radiactivos.

c) Establecer sistemas para la recogida, transferencia y transporte de los residuos radiactivos.

d) Adoptar medidas de seguridad en el transporte de residuos radiactivos, de acuerdo con lo previsto en la reglamentación específica en materia de transporte de mercancías peligrosas y con lo que determinen las autoridades y organismos competentes.

e) Gestionar las operaciones relativas al desmantelamiento y clausura de instalaciones nucleares y radiactivas.

f) Actuar, en caso de emergencias nucleares o radiológicas, como apoyo al sistema nacional de protección civil y a los servicios de seguridad, en la forma y circunstancias que requieran los organismos y autoridades competentes.

g) Acondicionar de forma definitiva y segura los estériles originados en la minería y fabricación de concentrados de uranio, en la forma y circunstancias que requieran los organismos y autoridades competentes, teniendo en cuenta, en su caso, los planes y previsiones del explotador.

h) Establecer sistemas que garanticen la gestión segura a largo plazo de sus instalaciones para almacenamiento de residuos radiactivos.

i) Establecer los planes de investigación y desarrollo necesarios para el desempeño de sus cometidos.

j) Efectuar los estudios técnicos y económico-financieros necesarios que tengan en cuenta los costes diferidos derivados de sus cometidos para establecer las necesidades económicas correspondientes.

k) Gestionar el Fondo para la financiación de las actividades del Plan general de residuos radiactivos de acuerdo con lo establecido en este Real Decreto.

l) Cualquier otra actividad necesaria para el desempeño de los anteriores cometidos".

Se dice también que, en vista de tales funciones, resulta innegable que, de estimarse la demanda interpuesta por esta recurrente, la Empre-

sa Nacional a la que se encuentra vinculada laboralmente el perito informante se vería afectada negativamente en su actividad y decisiones tomadas hasta la fecha, consistentes en estar admitiendo el almacenamiento de residuos radiactivos en las propias Centrales Nucleares, almacenamiento que en la demanda se reputa ilegal (ello es además la fundamental causa petendi de esta parte). Es decir, una eventual sentencia estimatoria de la demanda impediría el almacenamiento de residuos en las distintas Centrales Nucleares, y ello afectaría al Ministerio de Industria (directo autor de los actos recurridos) y a Enresa como entidad que realiza precisamente las funciones administrativas de control de legalidad de esos almacenamientos. Enresa es en definitiva pura Administración Pública (en el sentido amplio y actual del término) por más que jurídicamente sea una entidad privada, exactamente igual que sucede con otras entidades similares bien conocidas. El mero hecho de que el perito informante trabaje como ingeniero de Enresa impide automáticamente reconocerle la necesaria imparcialidad, motivo por el cual debe declararse inaceptable su informe y designarse otro en el que no concurren tan marcadas sombras de falta de objetividad. De no hacerse así, quedaría vacío de contenido el derecho fundamental de esta parte a la tutela judicial objetiva y a los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus legítimos derechos e intereses (artículo 24 CE).

Sin embargo, la realidad es que el proceso se sigue ente la Agrupación de Municipios afectados por Centrales Nucleares (AMAC) y el Ministerio de Industria y Energía, por resolución de la Dirección General de la Energía, de fecha 23 de julio de 1999, sobre almacenamiento de residuos radioactivos procedentes de centrales nucleares. Enresa ni es ni ha podido ser parte en este proceso. Entender lo contrario nos llevaría a que todas las empresas que trabajan para la Administración, de una u otra forma, en relación con tales residuos radioactivos están interesadas en este proceso y podían haber sido parte del mismo. Como se decía en el auto de 28 de septiembre de 2006 que resolvió el recurso de súplica presentado contra el auto desestimatorio de la recusación del perito, Enresa desarrolla su actividad con independencia de la Administración demandada y "entendemos, le resultará indiferente que el tratamiento de residuos nucleares adopte una forma u otra, mientras siga desempeñándolo ella y no otra entidad, lo cual no se discute en el presente litigio, que versa sobre la forma en sí de tratamiento. En consecuencia, Enresa no puede considerarse interesada en el resultado del presente litigio, pues sea cual sea la decisión que en el mismo se adopte va a seguir desempeñando la función que tiene encomendada, el tratamiento de residuos nucleares. En definitiva Enresa sólo podría tener

interés en el presente litigio si se viese afectada en el desempeño futuro de su función como única entidad encargada de prestar los servicios, mas como tal circunstancia, entendemos, no se va a producir (mas allá de aspectos técnicos de tratamiento, que como empresa encargada se verá obligada a acatar), resulta ocioso entender que en el caso presente tenga interés alguno".

En consecuencia si Enresa no tiene interés en este proceso, pues no le va a afectar lo que aquí se resuelva, salvo en la forma de seguir realizando su trabajo, menos interés puede tener en lo que se resuelva en él, por un empleado de esta entidad, como es el perito actuante. Ello motivó que la recusación fuese desestimada y haya de ratificarse aquí lo que allí se resolvió.

Precisamente también, en un proceso sobre residuos nucleares, el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala 3ª, sec. 3ª, de fecha 23-12-2002, rec. 841/1997. Pte: Ledesma Bartret, Fernando, entendió que la Administración del Estado y Enresa era entidades independientes y admitió a las dos como partes separadas la una de la otra." (fundamentos de derecho primero a tercero)

El recurso se articula mediante cuatro motivos. Los dos primeros, acogidos al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, tienen relación con la actividad probatoria; el primero se funda en la supuestamente indebida inadmisión de una prueba pericial; en el segundo motivo se aduce que la prueba pericial que ha resultado decisiva para la resolución del caso fue practicada por un perito en quien concurría causa de abstención. El tercer motivo, también amparado en el mismo apartado 1.c) del precepto procesal citado, se basa en que la Sentencia recurrida fue dictada por los mismos magistrados que habían dictado la previa Sentencia en el mismo caso que fue anulada, con vulneración del principio de imparcialidad constitucionalmente garantizado. Finalmente, el cuarto motivo se acoge al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 28 de la Ley de Energía Nuclear (Ley 25/2004, de 9 de abril) y de los artículos 4 y 7 a 29 del Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas (Real Decreto 2869/1972, de 21 de julio), por su errónea interpretación en el caso.

SEGUNDO.- Sobre el primer motivo, relativo a la indebida inadmisión de una prueba.

Protesta la parte actora por la denegación de la prueba consistente en que se recabase del Departamento correspondiente de una Universidad pública a designar por la Sala un informe razonado sobre determinados aspectos de la litis. La prueba fue denegada por haberse aprobado ya una

pericial sobre el mismo objeto mediante Auto de 30 de mayo de 2005.

La Sala respondía a esta queja en los siguientes términos:

"Sexto.- Como cuarta consideración se alegó por la parte demandante, en su escrito de conclusiones, la vulneración del artículo 24 CE derivada de la inadmisión de la prueba pericial propuesta por esta parte con objeto de que por parte del Departamento competente en materia de ciclo de combustible y del sistema de funcionamiento de las centrales nucleares de una Universidad pública española se emitiera informe razonado sobre los puntos que se especifica-

"...la autorización para las centrales, llevaba consigo la del almacenamiento temporal en el que se debía producir el enfriamiento inicial. No hay en consecuencia ilegalidad alguna, al contrario de lo que expone la parte actora, en la actuación de la Administración, ni obras que hayan cambiado la estructura de las piscinas o de las instalaciones de almacenamiento, sino, como ya hemos razonado, sólo cambio de bastidores que es algo muy diferente."

caron en su escrito de proposición de prueba. Consistía en que por una Universidad Pública española a designar por la Sala se recabase del Departamento o Departamentos pertinentes -conocedores del ciclo del combustible y del sistema de funcionamiento de las centrales nucleares- informe razonado en vista del expediente, de los documentos recabados en fase de prueba, y de los acompañados a la demanda (entre ellos el informe del prof. Alejandro)" sobre una serie de cuestiones que consideraba esenciales para la correcta resolución del presente litigio.

La Sala inadmitió esta pericial mediante auto de 30 de mayo de 2005,

y desestimó el recurso de súplica interpuesto contra aquél argumentando que "no fue su denegación por considerar que un dictamen pericial emitido por una Universidad española no sea importante, sino porque precisamente, al haber otra prueba pericial importante a practicar, sobre el mismo objeto de la pericia, esta segunda es superflua".

Añade la parte recurrente que el devenir de los acontecimientos ha ratificado la razón de esta parte, que con esta segunda pericial propuesta pretendía evitar precisamente lo que ha acabado ocurriendo: que el único informe emitido en fase de prueba lo fuera por un perito con interés directo o indirecto en el resultado del procedimiento. Sin embargo, como hemos visto, el dictamen se hizo insaculando el nombre correctamente, con acuerdo de las partes, y por el perito que salió insaculado, con toda imparcialidad y honestidad, teniendo en cuenta sus conocimientos científicos sobre la materia dictaminada. El que el informe no sea lo favorable que pretendía la entidad recurrente no obsta a todo lo anterior. Parece que la parte pretendía con dos informes periciales que alguno, por lo menos, le fuera favorable y, caso de no ser así (como se deduce de sus argumentos) que el Tribunal hubiese solicitado un tercero. Es decir, lo importante (parece ser para la parte actora) no es un dictamen pericial objetivo ni el resultado del mismo, sino, dado que la ciencia no es exacta, llegar, en algún momento a encontrar alguno que le fuera favorable, para de esta forma, finalmente, poder decir que era el único correcto. Los Tribunales se han de mover por reglas de imparcialidad, objetividad, sometimiento a la ley y evitando la realización de pruebas superfluas o inútiles, como reconocía el art. 566 de la LEC de 1881 (y ratifica el art. 283 de la vigente LEC, no aplicable a este proceso).

En resumen, desde el momento en que la prueba debía realizarse por un perito nombrado judicialmente, de acuerdo con las normas establecidas en la LEC de 1881, era totalmente innecesario que se acordara la práctica de un segundo dictamen pericial con el mismo objeto. Si la parte recurrente entendía que era más objetivo y mejor el realizado por una Universidad pudo pedir que el pertinente fuera el que se realizara por esta entidad y no por un perito nombrado en el proceso, pero no lo hizo. Lo que no era correcto es que hubiera duplicidad de actuaciones, como se pretendió. No existe, por tanto, violación constitucional alguna, sino mero acatamiento y aplicación de lo dispuesto en las normas procesales." (fundamento de derecho sexto)

La parte sostiene en su motivo, al igual que hizo en la demanda contencioso administrativa, que el informe pericial ha resultado incompleto, tal como reconoce el propio perito y que hubiera sido relevante contar con un informe emitido por una Uni-

versidad pública que gozase de más garantías de imparcialidad y, probablemente, de mayor soporte técnico y personal que el emitido por un ingeniero especialista en energía nuclear dependiente de Enresa. La actora niega que buscarse obtener un informe favorable y se refiere luego a cuestiones ajenas al contenido del motivo.

El motivo no puede prosperar. La negativa a solicitar un segundo informe pericial sobre las mismas cuestiones básicas en litigio es razonable por obvias razones de economía procesal que no necesitan de mayor justificación. Una cosa es que la pericia aprobada y practicada pueda resultar objetable -como se sostiene en otros motivos a examinar después y que, de ser cierto lo que en ellos sostiene la parte, podría conducir a la nulidad de la Sentencia-, y otra que deba considerarse una infracción procesal de la Sala juzgadora por no haber acordado de forma preventiva la realización de un segundo informe coincidente en su objeto con el primero.

**TERCERO.-** Sobre el segundo motivo, relativo a la supuesta falta de objetividad del perito.

Sostiene la actora en este motivo que el perito designado por insaculación incurrió en causa de abstención y recusación al ser un técnico dependiente de Enresa, que es Administración Pública que desempeña funciones que son puestas en cuestión en el presente recurso, lo que fue debidamente denunciado mediante la correspondiente recusación. En consecuencia, la prueba practicada estaría viciada por la parcialidad del perito, lo que determina la nulidad de la Sentencia, cuya ratio decidendi se apoya plenamente en dicha prueba.

La Sala sentenciadora se refiere a esta cuestión en los siguientes términos:

“Tercero.- Alega la parte recurrente la existencia de defectos relacionados con la prueba pericial practicada y hace una primera consideración, sobre el informe pericial emitido en fase de prueba por D. Abilio, ingeniero especialista en energía nuclear vinculado laboralmente a la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S.A., designado por la Sala sin observar el procedimiento establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Añade que ya manifestó en su escrito de recusación de 15 de junio de 2006 que en el perito designado por la Sala concurría la causa de recusación recogida en el artículo 624.1 LEC 1881 (aplicable al supuesto de autos por razón de la fecha en que se inició la tramitación del presente recurso) y que, ahora, sigue manteniendo que el perito designado por la Sala, dada su vinculación laboral con Enresa tiene un interés en el resultado final del presente procedimiento, y que un fallo dictado con base en su

informe será inválido y casable por el Tribunal Supremo ante algún recurso de las partes.

Entiende la parte recurrente que el hecho de que el perito trabaje para Enresa tiene interés en este proceso, pues el acto recurrido es del Ministerio de Industria y Enresa forma parte de la Administración del Estado y además con su intervención con motivo del problema a que se contrae este pleito se ha de concluir sin dificultad que Ministerio y Enresa han actuado de consuno para no oponerse al control de tales residuos, de modo que, aunque ciertamente -no podía ser de otra forma- el acto recurrido es formalmente del Ministerio, el indebido almacenamiento que aquí se denuncia es fruto de una coadministración del Ministerio y de Enresa, pues ambos han sabido de tales almacenamientos y los han admitido, y ni siquiera han actuado ante la denuncia de esta parte. También aduce que la entidad, Empresa Nacional de Residuos Radiactivo (Enresa) tiene atribuidos ex artículo 4.1 del Real Decreto 1349/2003, de 31 de octubre, las siguientes funciones públicas:

“a) Tratar y acondicionarlos residuos radiactivos.

b) Buscar emplazamientos, diseñar, construir y operar centros para el almacenamiento temporal y definitivo de los residuos radiactivos.

c) Establecer sistemas para la recogida, transferencia y transporte de los residuos radiactivos.

d) Adoptar medidas de seguridad en el transporte de residuos radiactivos, de acuerdo con lo previsto en la reglamentación específica en materia de transporte de mercancías peligrosas y con lo que determinen las autoridades y organismos competentes.

e) Gestionar las operaciones relativas al desmantelamiento y clausura de instalaciones nucleares y radiactivas.

f) Actuar, en caso de emergencias nucleares o radiológicas, como apoyo al sistema nacional de protección civil y a los servicios de seguridad, en la forma y circunstancias que requieran los organismos y autoridades competentes.

g) Acondicionar de forma definitiva y segura los estériles originados en la minería y fabricación de concentrados de uranio, en la forma y circunstancias que requieran los organismos y autoridades competentes, teniendo en cuenta, en su caso, los planes y previsiones del explotador.

h) Establecer sistemas que garanticen la gestión segura a largo plazo de sus instalaciones para almacenamiento de residuos radiactivos.

i) Establecer los planes de investigación y desarrollo necesarios para el desempeño de sus cometidos.

j) Efectuar los estudios técnicos y económico-financieros necesarios que tengan en cuenta los costes diferidos derivados de sus cometidos para establecer las necesidades económicas correspondientes.

k) Gestionar el Fondo para la financiación de las actividades del Plan general de residuos radiactivos de acuerdo con lo establecido en este Real Decreto.

l) Cualquier otra actividad necesaria para el desempeño de los anteriores cometidos”.

Se dice también que, en vista de tales funciones, resulta innegable que, de estimarse la demanda interpuesta por esta recurrente, la Empresa Nacional a la que se encuentra vinculada laboralmente el perito informante se vería afectada negativamente en su actividad y decisiones tomadas hasta la fecha, consistentes en estar admitiendo el almacenamiento de residuos radiactivos en las propias Centrales Nucleares, almacenamiento que en la demanda se reputa ilegal (ello es además la fundamental causa petendi de esta parte). Es decir, una eventual sentencia estimatoria de la demanda impediría el almacenamiento de residuos en las distintas Centrales Nucleares, y ello afectaría al Ministerio de Industria (directo autor de los actos recurridos) y a Enresa como entidad que realiza precisamente las funciones administrativas de control de legalidad de esos almacenamientos. Enresa es en definitiva pura Administración Pública (en el sentido amplio y actual del término) por más que jurídicamente sea una entidad privada, exactamente igual que sucede con otras entidades similares bien conocidas.

El mero hecho de que el perito informante trabaje como ingeniero de Enresa impide automáticamente reconocerle la necesaria imparcialidad, motivo por el cual debe declararse inaceptable su informe y designarse otro en el que no concurren tan marcadas sombras de falta de objetividad. De no hacerse así, quedaría vacío de contenido el derecho fundamental de esta parte a la tutela judicial objetiva y a los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus legítimos derechos e intereses (artículo 24 CE).

Sin embargo, la realidad es que el proceso se sigue ente la Agrupación de Municipios Afectados por Centrales nucleares (AMAC) y el Ministerio de Industria y Energía, por resolución de la Dirección General de la Energía, de fecha 23 de julio de 1999, sobre almacenamiento de residuos radioactivos procedentes de centrales nucleares. Enresa ni es ni ha podido ser parte en este proceso. Entender lo contrario nos llevaría a que todas las empresas que trabajan para la Administración, de una u otra forma, en relación con tales residuos radioactivos están interesadas en este

proceso y podían haber sido parte del mismo. Como se decía en el auto de 28 de septiembre de 2006 que resolvió el recurso de súplica presentado contra el auto desestimatorio de la recusación del perito, Enresa desarrolla su actividad con independencia de la Administración demandada y “entendemos, le resultará indiferente que el tratamiento de residuos nucleares adopte una forma u otra, mientras siga desempeñándolo ella y no otra entidad, lo cual no se discute en el presente litigio, que versa sobre la forma en sí de tratamiento. En consecuencia, Enresa no puede considerarse interesada en el resultado del presente litigio, pues sea cual sea la decisión que en el mismo se adopte va a seguir desempeñando la función que tiene encomendada, el tratamiento de residuos nucleares. En definitiva Enresa sólo podría tener interés en el presente litigio si se viese afectada en el desempeño futuro de su función como única entidad encargada de prestar los servicios, mas como tal circunstancia, entendemos, no se va a producir (mas allá de aspectos técnicos de tratamiento, que como empresa encargada se verá obligada a acatar), resulta ocioso entender que en el caso presente tenga interés alguno”.

En consecuencia si Enresa no tiene interés en este proceso, pues no le va a afectar lo que aquí se resuelva, salvo en la forma de seguir realizando su trabajo, menos interés puede tener en lo que se resuelva en él, por un empleado de esta entidad, como es el perito actuante. Ello motivó que la recusación fuese desestimada y haya de ratificarse aquí lo que allí se resolvió.

Precisamente también, en un proceso sobre residuos nucleares, el Tribunal Supremo, en sentencia de la Sala 3ª, sec. 3ª, de fecha 23-12-2002, rec.841/1997. Pte: Ledesma Bartret, Fernando, entendió que la Administración del Estado y Enresa era entidades independientes y admitió a las dos como partes separadas la una de la otra.

**CUARTO.-** Se hace por la parte actora, en su escrito de conclusiones, una segunda consideración sobre la prueba pericial al entender que es inválido el modo de designación del perito. Se dice que la Sala no debió incluir entre los peritos entre los que realizar el sorteo a los peritos propuestos por las partes, pues no lo prevé la LEC de 1881.

Sin embargo, desde el momento en que las partes podían ponerse de acuerdo en el nombramiento de peritos (art. 614 LEC 1881), se actuó como era normal en el tiempo en que estuvo en vigencia dicha norma, a invitar a las partes a que propusieran peritos para hacer la insaculación (lo que está dentro de dicha norma y no prohibido por ella). Es obvio que, si cualquiera de las partes no hubiera estado de acuerdo se habría procedido rigurosamente como establecía el

art. 616 de la misma Ley. Pero se da la circunstancia de que, ante la invitación del Tribunal, las partes propusieron los peritos que creyeron oportuno y, entre ellos, se eligió por la suerte, sin que se hiciese objeción alguna, como consta en el acta extendida el día 15 de junio de 2006, donde consta literalmente: "No poniéndose las partes de acuerdo en el nombramiento de perito que deba practicar la prueba pericial, proponen que por insaculación se haga entre los siguientes nombres"... Es decir, la parte actora estuvo de acuerdo en todo y sólo cuando ha visto que el perito nombrado no es el que ella propuso y que trabaja para Enresa es cuando opone que no es correcta la designación.

Dado el principio dispositivo existente en el proceso y el acuerdo de que el perito fuese designado por insaculación entre los propuestos por las partes, lo que posibilitaba el art. 614 de la LEC, se actuó correctamente la designación se hizo de acuerdo con lo establecido en la Ley." (fundamentos de derecho tercero y cuarto)

Tiene razón la Sala y es preciso rechazar el motivo. Desde un punto de vista estrictamente formal, Enresa es una empresa pública con personalidad jurídica propia que actúa en forma autónoma respecto de la Administración del Estado, que no ha sido parte y que, por tanto, no tiene en principio intereses en el presente asunto que puedan verse afectados.

Si vamos más allá de los aspectos formales, como defiende la actora, se constata que efectivamente Enresa tiene entre sus funciones la gestión pública de los residuos radioactivos en sus diversas fases y facetas. En ese sentido, es verdad que las soluciones adoptadas por la Administración pública en el ejercicio de sus facultades en este terreno estarán normalmente estrechamente ligadas, si es que no determinadas, por los criterios adoptados por Enresa. Dicho esto, también es cierto que, como dice la Sala de instancia, la revisión judicial de una decisión de la Administración como la aquí impugnada no supondría para Enresa más que, en su caso, la rectificación de determinados criterios y procedimientos de actuación mantenidos anteriormente, pero no un perjuicio en sus intereses empresariales. Esto es, seguiría desempeñando sus mismas funciones pero habría de acomodar sus criterios a lo que se derivase de la Sentencia.

Y si esto sucede con la propia Enresa, tanto más podría decirse de la actuación como perito de un técnico que trabaje al servicio de Enresa. Desde luego habría que descartar que esa dependencia laboral afectase necesariamente a sus intereses, ya que en principio su actuación como perito no afecta a su relación laboral ni a otros intereses personales. Todo lo más podría sostenerse que sus cri-

terios estuviesen predeterminados por su labor previa desarrollada en su trabajo y que, en esa medida, su criterio no pudiese ser considerado como un juicio técnico independiente sino, literalmente, sujeto a prejuicios. Sin descartar que tal situación pudiera darse en un caso concreto, no puede sin embargo afirmarse a priori de todo técnico que desempeñe tareas semejantes a las que se valoran en la pericia y sobre los que puede haber formado un criterio, que su opinión no pueda reputarse de independiente. Para llegar a esa conclusión en el presente caso hubiera sido necesario que la asociación recurrente hubiese acreditado que el perito hubiese actuado personal y directamente en el seno de Enresa en cuestiones como la objeto de pericia y hubiese orientado decisiones de la empresa pública que hubieran influido directamente en la decisión de la Administración que es objeto de recurso. Las objeciones que la parte manifiesta a la independencia del perito son, por el contrario, juicios estrictamente genéricos que presuponen un interés de la propia Enresa, algo que ya hemos descartado: el mero hecho, afirma la parte, de que el perito sea un trabajador de la empresa pública "impide automáticamente reconocer imparcialidad al designado por la Sala". En suma, entiende esta Sala que ni la empresa pública tiene intereses afectados por la litis, aunque sus funciones sean coincidentes con la materia objeto de la misma ni, en consecuencia, la pertenencia del perito a la empresa afecta de forma inevitable a su independencia como sostiene la actora.

Todo lo anterior se suma a lo que señala la Sala en relación con el procedimiento de designación del perito, ya que ante la falta de acuerdo al respecto se insaculaban los propuestos por las partes con la conformidad de éstas. Aunque la parte no conociera en ese momento la relación laboral del perito que resultó escogido con Enresa, lo cierto es que no puso objeciones al procedimiento y no planteó que los designados por la parte adversa pudieran ser proclives a los criterios de la misma, como por lo demás pudieran serlo respecto a los suyos los peritos propuestos por la propia actora. Tal conformidad acaba por privar de todo fundamento al motivo.

Finalmente, no deja de tener relevancia el hecho de que la prueba pericial rechazada por la actora no es la única presente en los autos, puesto que la Sala juzgadora también ha tenido también a su disposición los informes técnicos de Enresa y del Consejo de Seguridad Nuclear. Y si bien la parte podría objetar al primero las mismas tachas de parcialidad que formula al informe del perito judicial por su pertenencia a dicha empresa pública, el informe del Consejo de Seguridad Nuclear merece, por el carácter independiente y la especialización de dicho organismo, una amplia credibilidad.

CUARTO.- Sobre el motivo tercero, relativo a la supuesta falta de imparcialidad de la Sala juzgadora.

Entiende la parte recurrente que los Magistrados de la Sala juzgadora no podían conocer del recurso por haber resuelto ya sobre el mismo en la Sentencia de 5 de febrero de 2003, que fue anulada por esta Sala del Tribunal Supremo, por denegación indebida de prueba. Considera que los Magistrados que formaron Sala entonces descalificaron la actuación procesal de la parte y no gozaban ya de una actitud imparcial, por lo que debió admitirse la recusación que formularon en su momento.

El motivo debe ser rechazado de plano. Fuera del ámbito penal o sancionador y de la incompatibilidad, en

■

*"El artículo 28 de la Ley de Energía Nuclear, invocado por la actora, contempla un sistema de autorizaciones, pero el precepto se refiere a las distintas fases de la vida de las centrales, no de sus operaciones internas: así, se prevén autorizaciones para la selección de emplazamientos, la construcción, la puesta en marcha y el funcionamiento, el desmantelamiento y la clausura."*

■

dichos ámbitos, entre instrucción y resolución, no puede hablarse de contaminación o de juicios predeterminados de los magistrados por haber resuelto casos análogos o, como en el supuesto de autos, por haber sido anulada una previa sentencia sobre el caso. Los jueces y magistrados están sólo vinculados por la ley y a ella se deben atener, con respeto a la jurisprudencia constitucional y de este Tribunal Supremo, sin que la necesidad de dictar una segunda sentencia sea sino una circunstancia absolutamente regular en el ejercicio de la jurisdicción en la que no existe razón alguna para objetar o dudar de su imparcialidad.

No resulta ello alterado por la queja de la entidad recurrente sobre lo que entiende que fueron términos y calificativos de gran dureza respecto

a su posición en la primera Sentencia. Sin perjuicio de que en el ejercicio de la función jurisdiccional deben evitarse descalificaciones y juicios de intención respecto a las partes, las expresiones mencionadas por la actora no superan el límite de lo admisible, sin que de los mismos se pueda deducir falta de imparcialidad para resolver el asunto ni entonces, ni en esta segunda ocasión.

QUINTO.- Sobre el motivo cuarto, relativo a la normativa sobre el almacenamiento de residuos radioactivos.

La parte sostiene que la ampliación de la capacidad de almacenamiento de las piscinas de las centrales nucleares para mantener en ellas los residuos radioactivos de las propias centrales sobre la base de las licencias iniciales otorgadas en su día para cada una de las centrales nucleares se ha efectuado de forma contraria a derecho, por no contar con las autorizaciones exigibles por la Ley de Energía Nuclear (Ley 25/1964, de 9 de abril). Afirma que dado que la ampliación es un hecho incontrovertible y admitido por la Sala de instancia, la referida ampliación ha vulnerado los artículos 28 de la Ley de Energía Nuclear y 4 y 7 a 29 del Reglamento aprobado por el Decreto 2869/1972.

La Sentencia impugnada rebate el argumento de la parte con las siguientes consideraciones:

"Quinto.- Como tercera consideración, se alega por la parte demandante que existen inconsistencias del informe pericial que impide que el mismo pueda ser tomado en cuenta por la Sala.

Se alega, en primer lugar, que el perito informante reconoce no haber estudiado todas las autorizaciones de puesta en marcha de las centrales nucleares. Es más, de las nueve objeto de litigio, sólo ha estudiado las correspondientes a tres de ellas (Almaraz 1, Vandellós II y Santa María de Garoña) por presumir -de manera absolutamente inmotivada a juicio de esta parte- que todas las autorizaciones son iguales. Sin embargo, la parte recurrente, tras hacer esa objeción, no hace manifestación alguna que lleva a poder considerar que esa alegación del perito sea incorrecta, cuando ello era muy fácil, haciendo mención a los documentos correspondientes si, realmente, existía desigualdad.

Se dice que el perito manifestó no haber consultado la bibliografía científica (concretamente la obra de D. Bodansky invocada en el informe del prof. Alejandro aportado con el escrito de demanda), en la cual se desarrolla extensamente el concepto de "enfriamiento inicial" como fase diferenciada y separada de la de "almacenamiento temporal". Si se contradice n informe aportado por esta parte sin rebatir sus fundamentales



sustentos, las conclusiones de la pericia resultan inatendibles. Sin embargo olvida la parte que el perito fue designado por sus especiales conocimientos científicos y que, en consecuencia, podía emitir perfectamente su dictamen si consultar tal bibliografía con la que, además, podía estar en total desacuerdo, pues lo que diga un autor, por muy prestigioso que pueda ser, no es de obligada aceptación por los peritos o técnicos especialistas en la materia. En suma, el hecho de que el criterio científico pueda no ajustarse a lo que consta en la obra propuestas como bibliografía por la parte actora no es más que la consecuencia de posibles disparidades entre científicos, pero no que el dictamen del perito actuante no sea correcto o sea de inferior valor que lo que consta en la obra antes mencionada.

También expone la parte recurrente que entra en contradicción el perito informante en la respuesta a la aclaración 6ª, pero para ello la demandante no recoge literalmente ni lo preguntado ni lo contestado. En realidad todo parte de que en el último párrafo del folio 12 del informe se manifiesta: "puede decirse técnicamente que las piscinas de almacenamiento de combustible gastado de las centrales nucleares fueron concebidas y diseñadas para el almacenamiento temporal del combustible generado como consecuencia de su operación". Ante ello se hicieron las dos preguntas siguientes, con las respuestas que tras ella se pone:

1) Pregunta: "Si puede confirmar aquí el perito que las distintas centrales nucleares autorizadas en España (distinga entre unas y otras si fuera el caso, y niéguelo para las que corresponda) se autorizaron bajo un régimen proyectado del ciclo cerrado del combustible nuclear". Respuesta: "No creo que el término "diseñado bajo un ciclo cerrado" sea correcto, considero que las Centrales de primera generación José Cabrera, Santa María de Garoña y Vandellós I, han sido diseñadas en un tiempo en el que el reproceso imperaba".

"2) Pregunta: "Si puede el perito afirmar que el enfriamiento inicial no ha sido considerado en los proyectos en virtud de los cuales se han autorizado las distintas centrales nucleares existentes en España, es decir, que los recintos e instalaciones de almacenamiento no fueron diseñados para enfriamiento inicial (o para, en terminología del perito, sea parte del almacenamiento temporal previo a un proceso posterior)". Respuesta: "Creo que el término enfriamiento inicial que no figura en ninguna de las autorizaciones consultadas no es un término correcto, tipificado ni regulado, por lo tanto las piscinas han sido diseñadas en su opinión para almacenamiento temporal de combustible".

Como se puede ver, el perito contestó perfectamente a lo que se pre-

guntó y no existe contradicción alguna en sus respuestas, pues en ningún momento dijo nada sobre el ciclo cerrado y se contradijo con lo relativo al ciclo abierto, ya que, empezó por decir que la expresión de diseño de ciclo cerrado no era correcta y, que por lo tanto el reproceso, en su momento imperaba, pero ello no impide que, como se dice en la segunda respuesta las piscinas estuviesen diseñadas para almacenamiento temporal de combustible; o lo que es lo mismo para que lo tuviesen durante un período antes de ser reprocesado. Es más, si el vemos el escrito del CSN (al que después nos referiremos más ampliamente), se dice en él que el almacenamiento temporal de residuos resulta necesario tanto en el denominado "ciclo abierto" como en el "cerrado" (folio 2, párrafo segundo), con lo que se refuerza que existe la falta de contradicción alegada por parte demandante.

(...)

SÉPTIMO.- Entrando en el fondo del asunto nos encontramos con que todas las pruebas practicadas, precisamente a instancia de la parte demandante, iban dirigidas a intentar demostrar que, desde una perspectiva técnica, las centrales nucleares con tienen autorización para almacenamiento de residuos más allá del enfriamiento inicial de los mismos y si, en atención al dictamen, presentado con la demanda, dicho enfriamiento inicial podría prolongarse más allá de 150 días. Y ninguna de las pruebas practicadas se muestra en sentido favorable al acogimiento de las teorías técnicas de la actora, como veremos.

La parte recurrente alega que "bien está que al Abogado del Estado no le guste el dictamen de D. Alejandro. En todo caso, su cualificación profesional unida a su condición de catedrático en la materia concreta de medio ambiente, y en particular su condición de especialista en temas de energía nuclear, avalan por completo su dictamen". Pero junto a ello no se debe olvidar que el dictamen pericial realizado en ese proceso está realizado por un perito nombrado judicialmente (no a instancia de una parte, como aquél), y que, si bien no es Catedrático, su profesión le hace tener igual si no más conocimientos sobre lo dictaminado que aquél. En consecuencia las garantías del nombramiento judicial, y en consecuencia, la objetividad en la designación, hacen que este último dictamen pueda ser valorado mucho más positivamente que el encargado y pagado por una parte para ser traído al proceso, de acuerdo con unas normas procesales que no establecían este sistema para la prueba pericial.

La parte, en consecuencia, buscó el perito que tuviera las mismas ideas o pensamientos que ella y le encargó y pagó el dictamen, que el perito, desde sus conocimientos pudo hacer honesta y objetivamente, pero

sin las garantías que tiene una prueba realizada contradictoriamente y por alguien nombrado imparcialmente, por la suerte. De esta forma, ahora, al basarse sus conclusiones únicamente en ese dictamen por ella aportado está viciado desde el primer momento.

El Tribunal, no puede ajustarse únicamente a ese dictamen, sino a toda la prueba practicada en el proceso, para luego ponderarla y valorarla en conjunto y así nos encontramos con lo siguiente:

A) En relación con el informe remitido por Enresa, según la parte actora, en la respuesta al apartado c) de la documental primera, Enresa reconoce que en el momento de autorizarse las Centrales Nucleares de referencia no existía un espacio específicamente destinado al almacenamiento intermedio, y que el cambio de bastidores operado en las Centrales Nucleares respondió a la necesidad de "aumentar la capacidad de almacenamiento en las centrales" que es tanto como decir que por el cambio de técnica de manipulación de los residuos (de ciclo cerrado a ciclo abierto) se realizaron de facto unas obras (cambio de bastidores) no previstas en el momento de autorizarse las Centrales Nucleares existentes en España. Realmente lo que se dice en ese apartado, es lo siguiente: "Todas las centrales nucleares españolas almacenan el combustible gastado en piscinas construidas para tal fin en el recinto de la central. La central nuclear de Trillo dispone además, desde 2003, de un almacén en la propia central en el que se guarda el combustible gastado en contenedores metálicos.

El espacio de almacenamiento en el recinto de las piscinas no ha sido ampliado desde el comienzo de explotación de las centrales. Los bastidores de almacenamiento de combustible gastado, ubicados dentro de las piscinas, han sido cambiados para aumentar la capacidad de almacenamiento en las centrales y fechas indicadas a continuación..."

No es, por tanto, como alega la parte recurrente que, "difícilmente puede entenderse autorizada - implícita o explícitamente- una instalación de almacenamiento no prevista en el momento de la puesta en funcionamiento de las centrales nucleares". Lo que sucede es que no ha habido cambio alguno en el recinto de las piscinas, pues sólo ha sido el cambio de bastidores que es algo relacionado con ellas, pero ajeno a la estructura de aquéllas.

Se dice también por la parte recurrente que en respuesta al apartado d) de la documental primera: Enresa manifiesta que "los espacios destinados a recibir combustible nuclear gastado en centrales nucleares se van llenando debido a la operación de la propia central y la descarga de un determinado número de elementos

durante la operación de recarga en cada una de ellas". Es cierto y también lo es que esa respuesta es idéntica a la que ofrece el Ministerio de Industria al punto 7 de la documental segunda. No obstante, el hecho de que se vayan llenando está en relación con la respuesta del apartado b) del mismo documento examinado de Enresa, cuando dice que "las fechas de saturación previstas para las piscinas de almacenamiento de combustible gastado de las centrales nucleares en explotación contempladas en la propuesta del sexto Plan General de Residuos Radioactivos (PGRR), son las que a continuación se indican..."

En consecuencia, el hecho de que, con posterioridad a la instalación y puesta en funcionamiento de dichas centrales nucleares se haya producido un cambio de técnica nada cambia, pues si bien los espacios destinados a almacenamiento al proyectarse y autorizarse las centrales se han quedado pequeños, lo que nadie niega (como afirma la parte recurrente), no se saturarán hasta los años que se mencionan en el propio informe, por lo que, como es obvio, queda tiempo suficiente para que, antes de llegar a la saturación se puedan tomar las medidas técnicas y científicas que procedan, pero sin que ello afecte ahora a lo que se debate en este proceso.

La parte actora, viendo la endeblez de su argumento añade que, aun en la hipótesis de que los espacios destinados al almacenamiento temporal hubieran estado autorizados ab initio (cosa que esta parte rechaza taxativamente, pues su fin era únicamente servir de lugares de enfriamiento para posterior traslado del combustible a otro lugar -en su día el previsto reciclaje del combustible gastado-), no resultaría sostenible jurídicamente que esa inicial autorización amparara tantos cambios de bastidores en las piscinas y lugares de almacenamiento en seco de las centrales nucleares como resultaran necesarios para el creciente volumen de residuos radiactivos derivados de la actividad de aquéllas. No se entiende esta afirmación, pues los bastidores no forman parte de la piscina, sino que son instrumentos para ésta y, en consecuencia, pueden ser cambiados, como ya hemos dicho, sin que ello afecte a la estructura de la propia piscina.

Debido a ello, podemos sintetizar lo que figura en el informe de Enresa y que está en concordancia con lo alegado por la parte demandada:

1) El almacenamiento alcanzará su saturación, como fecha más temprana, en 2013, y en algunas centrales se prolongará durante toda su vida útil (apartado b).

2) Los términos "almacenamiento inicial, temporal, intermedio y definitivo" no tienen correlato y, en consecuencia, no se encuentran amparados en precepto reglamentario alguno (apartado f).

3) El término "tratamiento" engloba al de "almacenamiento" del combustible nuclear (apartado j).

B) En relación con el informe remitido por el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), alega la parte demandante que en la respuesta dada al punto 11 de la documental tercera. En ella se confirma que en las centrales nucleares de referencia se han cambiado los bastidores de las piscinas lográndose así un significativo incremento en la capacidad de almacenamiento. Eso es cierto y como ya hemos visto figura también en el informe de Enresa, pero eso, como ya hemos visto, es sobre algo adjunto a las piscinas, pero éstas, que es la estructura obligatoriamente unida a la central nuclear no ha tenido cambio estructural alguno; es decir no hubo obras en la piscina propiamente dicha, con lo que ninguna autorización era necesaria.

En la respuesta al apartado 13 de la documental tercera (que tenía por objeto que el Consejo de Seguridad Nuclear se pronunciara sobre las razones técnicas por las que los recintos o elementos destinados a almacenamiento de residuos eran insuficientes para recibir la cantidad de combustible gastado que sin embargo han recibido): El Consejo de Seguridad Nuclear reconoce que han existido diferentes etapas en el tiempo en cuanto a la consideración de la técnica idónea para la gestión de los residuos radiactivos, lo que, al contrario de lo que opina la parte demandante, nada cambia. En definitiva, de este informe deben destacarse los siguientes apartados, si bien no puede dejar de ponerse de manifiesto la coincidencia en cuanto al fondo de la cuestión técnica que refleja este informe con el anterior (sin que por supuesto se llegue a corroborar en modo alguno la tesis técnica de la actora):

1) El almacenamiento temporal de residuos resulta necesario tanto en el denominado "ciclo abierto" como en el "cerrado" (folio 2, párrafo segundo). Lo que, además, demuestra, como ya hemos visto que no hubo contradicción al contestar el perito judicial a las aclaraciones que, en su día, se le pidieron que hiciera.

2) La opción de reprocesado del mismo resulta viable, aunque España no cuenta con la tecnología precisa, de la que sí disponen países de nuestro entorno (folio 3, párrafo tercero).

3) El almacenamiento temporal es una etapa intermedia de la gestión del combustible nuclear (folio 3, último párrafo).

4) Las instalaciones de almacenamiento temporal, cualquiera que sea su ubicación, cumplen las mismas funciones (párrafo primero de la respuesta 4).

5) Durante el almacenamiento temporal del combustible en las pis-

cinas tiene lugar el enfriamiento inicial, sin que por ello este hecho sea el único objeto de las mismas, ni esté definido en ninguna condición de autorización ni en ningún documento oficial de explotación el tiempo máximo de permanencia del combustible en esta forma de almacenamiento (respuesta sexta, folio 6, y respuesta decimocuarta).

6) Las operaciones en su día realizadas de cambio de bastidores permitieron un mayor almacenamiento y compactación, optimizándose con ello el espacio de las piscinas existentes, con capacidad de saturación hasta 2013, fecha en la que se prevé sea efectivo el almacenamiento temporal centralizado (respuestas séptima y octava).

7) La modificación de los bastidores no alteró el objeto primario de las piscinas de almacenamiento, sino su capacidad, y de conformidad con el art. 25 del Reglamento de Instalaciones Nucleares y Residuos (respuesta undécima).

8) Desde un punto de vista técnico y normativo, el fin inicial de los recintos de almacenamiento es el almacenamiento y contención segura de los residuos hasta su traslado a otra instalación, y este objetivo no se ha visto alterado con las modificaciones realizadas (respuesta duodécima).

C) La prueba pericial judicial practicada, a instancia de la parte actora (siendo su perito elegido por insaculación de entre los propuestos por las partes) corrobora los anteriores informes, debiendo destacarse de la misma los siguientes aspectos:

a) El término "enfriamiento inicial" no está tipificado, y su significado técnico puede englobarse en el término "almacenamiento temporal", que consiste en alojar residuos en instalaciones destinadas a tal efecto con el propósito de recuperarlos para un proceso posterior (respuesta a pregunta 3).

b) No hay diferencia entre el "enfriamiento inicial", que no está tipificado para un período concreto, y el almacenamiento temporal que se ha venido practicando (respuesta a pregunta 7).

c) La capacidad de almacenamiento puede variar mediante la sustitución de bastidores mediante otros más compactos, y precisamente por esos cambios que se produjeron no llegaron a llenarse las piscinas de cada central (respuestas a preguntas 8, 9 y 10).

d) El objeto de las piscinas no se ha modificado y sigue siendo el inicial: el almacenamiento temporal del combustible nuclear gastado (respuesta a pregunta 12).

e) El término "enfriamiento inicial" no está tipificado para un tiem-

po concreto, por lo que "no se puede afirmar que dichos recintos (las tan mentadas piscinas de almacenamiento) hayan sido autorizados o diseñados para el enfriamiento inicial", y su modificación no altera su finalidad primigenia, sino sólo su capacidad (folio 17, párrafos tercero y cuarto).

f) Por ende, "los 150 días son un término puramente referencial para las condiciones de transporte del combustible a la planta de reproceso" (aclaración a la segunda pregunta).

OCTAVO.- Según la parte demandante, la política de autorizaciones de las centrales nucleares en España se basó en el concepto de "central de referencia" (respuesta al punto 4 de

■

*"...la Ley de Energía Nuclear no especifica nada respecto al almacenamiento temporal de los residuos radioactivos en las propias instalaciones de las centrales nucleares hasta tanto no sean transportados al emplazamiento definitivo. Por consiguiente, es preciso determinar si dicho almacenamiento temporal estaba ya incluido en las autorizaciones iniciales."*

■

la documental segunda obrante en el ramo de prueba de la parte actora). Esto significa que el diseño básico de cada central tenía uno o más referentes (central o centrales con permiso de construcción) en el país de origen del proyecto. Los titulares de cada central española eligieron centrales de referencia en Estados Unidos para las centrales de tipo PWR (reactor de agua a presión) y BWR (reactor de agua en ebullición) suministradas por Westinghouse y General Electric, respectivamente. Las únicas excepciones fueron las centrales de Vandellós 1 de tipo UNGG (Uranio Natural Grafito Gas) que tuvo su referencia en Francia, y la central de Trillo de tipo PWR y suministrada por KWU que tuvo su referencia en Alemania. La "central de refe-

rencia" se utilizó para llevar a cabo el proyecto de la central y por extensión el diseño del almacenamiento y manipulación del combustible. No causa sorpresa, por lo tanto, que el diseño inicial del almacenamiento del combustible en las centrales de Garoña, Cofrentes, Almaraz I y II, Ascó I y II y Vandellós II fuera similar al utilizado en las centrales de referencia de Estados Unidos, ni que el diseño de la Central de Trillo imitara al de las centrales alemanas, ni, finalmente, que el de Vandellós 1 fuera similar al de las centrales francesas. En Estados Unidos, Alemania y Francia en la época de construcción de sus centrales -que, insistimos fueron tomadas como referencia por las españolas-, los titulares de aquéllas tenían contratado (o preveían contratarlo) el reprocesado del combustible gastado, motivo por el cual el reprocesado del combustible gastado, el diseño del almacenamiento y la manipulación del combustible en las centrales, contempló una capacidad limitada de elementos combustibles. El diseño inicial del almacenamiento y manipulación distingue el almacenamiento del combustible nuevo del correspondiente al combustible gastado (respuesta al punto 8 de la documental segunda).

Para el almacenamiento de combustible gastado se usa una piscina de agua, de paredes de hormigón y revestimiento de acero inoxidable que contiene en el fondo unos bastidores metálicos con celdas paralelepédicas. En el interior de cada celda se aloja un conjunto combustible. Por encima de los bastidores hay un nivel de varios metros de agua hasta un nivel de seguridad para facilitar el blindaje y la manipulación de los elementos de combustible. La piscina debe diseñarse para asegurar que el conjunto (lleno de combustible) sea subcrítico -esto es, que se impida la posibilidad de iniciar la reacción de fisión automantenida-, disponga de medios de refrigeración del calor residual que emite el combustible, disponga de sistemas de limpieza y acondicionamiento del agua y blindaje contra las radiaciones e instrumentación de vigilancia y control. En ningún momento de la tramitación de los expedientes -obrantes en el ramo de prueba de la parte actora- se hace referencia alguna a la autorización como tal de espacios destinados al almacenamiento temporal de residuos radiactivos.

Sin embargo, como ya decíamos en la sentencia anterior, lo que realmente pretende la parte actora es una limitación a las autorizaciones existentes que no consta en ningún lugar, salvo en sus estudios técnicos y en sus alegaciones, pero nada de ello obliga, ni puede tener fuerza vinculante alguna. El que la Ley de 1964 y sus disposiciones de desarrollo no pudieran prever el futuro de la técnica, nada cambia, pues, de lo contrario sería establecer una inseguridad total y estar a cualquier interés de una persona o entidad (incluso de

varias) o de cualquier informe técnico (que siempre puede ser refutado), para saber lo que hay que realizar en cualquier momento. Las leyes y las resoluciones, para que no exista esa inseguridad, siguen vigentes mientras no se disponga lo contrario.

La Ley de 1964 es suficientemente amplia y flexible. El denominado almacenamiento intermedio en las instalaciones de las Centrales cabe pacíficamente en el sistema de la Ley de 1964 y normas que la desarrollan sin que sea precisa autorización nueva, adicional a la que se derivaba de la de construcción de la Central y de cuya legalidad la demandante (hasta 150 días, que la parte -con el apoyo de un informe técnico- se inventa) no duda en ningún momento.

El artículo 38 de la Ley de 1964, desarrollado por el artículo 1 del Real Decreto 1899/84, de 1 de agosto, viene a establecer que las empresas de que se trata están obligadas a contar con instalaciones especiales para el almacenamiento, transporte y manipulación de residuos radiactivos en las fases del ciclo nuclear recogidas en los apartados e) y f) del artículo 2 del Real Decreto 2967/79; es decir, que hace referencia a instalaciones para el almacenamiento. Pero es que, además, no distingue las fases que la parte demandante menciona de inicial, intermedio y definitivo, sino las de tratamiento del combustible irradiado procedentes de los reactores nucleares (apartado e) y de almacenamiento definitivo de los residuos radiactivos (apartado f)). Parece claro, como dice el Abogado del Estado, que el almacenamiento inicial e intermedio debe incluirse dentro bajo la rúbrica del tratamiento del combustible irradiado.

Como corolario de todo lo expuesto debe decirse que según las normas mencionadas, la autorización de la propia Central Nuclear, conlleva el almacenamiento tanto inicial, como intermedio, sin que sea necesaria otra nueva autorización para este último.

NOVENO.- Se dice en el escrito de conclusiones de la parte demandante que hubo inexistencia de "ciclo abierto" en la fecha de obtención de las autorizaciones para la instalación y funcionamiento de las centrales nucleares de referencia. Para esta parte se trata de una cuestión capital, puesto que venimos sosteniendo, en oposición a la postura que mantiene la Administración demandada, que las autorizaciones otorgadas en su día para instalación y funcionamiento de las nueve centrales nucleares no permitían la actividad de almacenamiento que sin embargo se está realizando de manera continuada.

Pero, si examinamos el informe de Enresa, se observa que se dice, como ya hemos visto, que los términos "almacenamiento inicial, temporal, intermedio y definitivo" no se encuentran amparados en precepto al-

guno. Pero es que, en el informe del CSN se hace constar, como también hemos visto, que el almacenamiento temporal es necesario tanto en el ciclo abierto como en el cerrado y consiste en una etapa intermedia de la gestión del combustible nuclear, cumpliendo las instalaciones para ese almacenamiento temporal las mismas funciones. En suma, carece de total trascendencia lo alegado sobre esta materia por la parte demandante, pues con ciclo abierto o con ciclo cerrado, en lo que aquí respecta la situación sería la misma.

Según la parte recurrente, según el CSN, en su respuesta 3, existe una diferenciación entre enfriamiento inicial y almacenamiento temporal, pero no es exactamente eso lo que se dice en el informe pues lo que consta es lo siguiente: "El almacenamiento temporal es una etapa intermedia de la gestión del combustible gastado, que consiste en la ubicación de los combustibles y su confinamiento seguro en instalaciones vigiladas, con intención de recuperarlos, en espera de su posterior gestión. Es una etapa necesaria cualquiera que se la opción de ciclo del combustible nuclear elegida, ya sea el almacenamiento definitivo directo del combustible gastado (ciclo abierto) o reprocesado del combustible nuclear gastado para la recuperación del uranio y el plutonio.

Este almacenamiento se realiza primeramente en las piscinas de las propias centrales nucleares y posteriormente en instalaciones de almacenamiento temporal ubicadas dentro o fuera del emplazamiento de las centrales nucleares. En general, las instalaciones de almacenamiento temporal cualquiera que sea su ubicación cumplen las mismas funciones, proporcionar contención y blindaje a la radiación, mantener condiciones subcríticas, favorecer la disipación de calor y con ello el enfriamiento del combustible gastado, favorecer el decaimiento de los productos de fisión y la disminución de radiación gamma, facilitando con ello su posterior manejo y gestión de condiciones más favorables desde el punto de vista de la seguridad nuclear y la protección radiológica.

El combustible nuclear gastado cuando es descargado del reactor tiene que ser almacenado en piscinas de las centrales nucleares. Por ello y de acuerdo con lo anterior, el enfriamiento inicial del combustible tiene lugar efectivamente en estas instalaciones, sin que por ello ésta sea el único objetivo de las mismas".

Es decir, no coinciden totalmente los términos "enfriamiento inicial" y "almacenamiento temporal", pero tampoco están en contradicción, pues lo que sucede es que éste último es más amplio y engloba aquella función y otras más. Lo que nos lleva a que la autorización para las centrales, llevaba consigo la del almacenamiento temporal en el que se debía producir el enfriamiento inicial. No

hay en consecuencia ilegalidad alguna, al contrario de lo que expone la parte actora, en la actuación de la Administración, ni obras que hayan cambiado la estructura de las piscinas o de las instalaciones de almacenamiento, sino, como ya hemos razonado, sólo cambio de bastidores que es algo muy diferente.

(...)

UNDÉCIMO.- De todo lo expuesto se deduce que la parte demandante ha tratado de introducir con su prueba pericial y sus alegaciones términos que no ya sólo no se adaptan a la normativa existente (que como hemos visto no fija límites temporales máximos para el almacenamiento), sino que tampoco coinciden con opiniones técnicas que resultan plenamente coincidentes, emitidas por instituciones dedicadas a la seguridad y tratamiento nuclear, así como por expertos en la materia. Ello conduce, necesariamente, a reproducir las conclusiones a las que se llegó en la sentencia casada, no desvirtuadas con argumento jurídico sólido u opinión pericial consistente alguna. En particular, y citando la referida sentencia, sigue igualmente sin demostrarse jurídicamente "una limitación a las autorizaciones existentes que no consta en ningún lugar", lo que obliga a considerar que "según las normas mencionadas, la autorización de la propia Central Nuclear, conlleva el almacenamiento tanto inicial, como intermedio, sin que sea necesaria otra nueva autorización para este último".

El resumen y corolario de todo lo anterior es que procede desestimar la demanda como solicitó en su día el Abogado del Estado." (fundamentos de derecho quinto, séptimo a noveno y undécimo).

Nos encontramos en el presente asunto con un debate sobre el almacenamiento nuclear que tiene una vertiente jurídica y otra probatoria, estando ambas estrechamente ligadas. El artículo 28 de la Ley de Energía Nuclear, invocado por la actora, contempla un sistema de autorizaciones, pero el precepto se refiere a las distintas fases de la vida de las centrales, no de sus operaciones internas: así, se prevén autorizaciones para la selección de emplazamientos, la construcción, la puesta en marcha y el funcionamiento, el desmantelamiento y la clausura. No se contempla, por tanto, en dicho precepto nada sobre la cuestión que nos atañe, y es la conservación temporal de los residuos hasta su traslado para su almacenamiento definitivo.

Lo mismo ocurre en esencia con los artículos del Reglamento aplicable al supuesto de autos (aprobado por el Decreto 2869/1972, de 21 de julio, luego sustituido por el aprobado por Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre) cuya infracción se alega, los artículos 4 y 7 a 29. En efecto, el artículo 4 se refiere a las auto-

rizaciones sobre las diversas fases de la vida de las centrales, y los artículos 7 a 29 se dedican al desarrollo de los requisitos y tramitación de las autorizaciones previas (artículos 7 a 13), la de construcción (artículos 14 a 18), a la verificación prenuclear de la instalación (artículos 19 a 23) y a la autorización de puesta en marcha (artículos 24 a 37). En ninguno de dichos preceptos se refiere el Decreto específicamente a la cuestión controvertida.

Es verdad que el artículo 4 del Reglamento requiere también autorización para la ampliación o modificación de las centrales, por lo que podría argüirse razonablemente que la ampliación de la capacidad de almacenamiento temporal de las piscinas de enfriamiento requerían de la correspondiente autorización entendiéndose que dicha ampliación constituía, cuando menos, una modificación de las instalaciones autorizadas. La asociación recurrente va en realidad más allá y en último término lo que sostiene es que en ningún caso las centrales contaron en ningún momento con la posibilidad de almacenamiento temporal o permanente de ningún tipo de residuos radioactivos y que, por tanto, el mismo se ha realizado en todo momento de forma ilegal.

Planteado así el asunto nos enfrentamos a las dos siguientes cuestiones:

a) Si existía la posibilidad del almacenamiento temporal de los residuos radioactivos con las autorizaciones iniciales.

b) El papel de las autorizaciones otorgadas por la Administración para la ampliación y modificación de las piscinas de almacenamiento temporal.

a) Como hemos señalado antes, la Ley de Energía Nuclear no especifica nada respecto al almacenamiento temporal de los residuos radioactivos en las propias instalaciones de las centrales nucleares hasta tanto no sean transportados al emplazamiento definitivo. Por consiguiente, es preciso determinar si dicho almacenamiento temporal estaba ya incluido en las autorizaciones iniciales. Pues bien, por un lado hemos de convenir con la Sala juzgadora que los términos de la Ley de Energía Nuclear son lo suficientemente amplios y flexibles como para entender que la licencia inicial de las centrales incluía el almacenamiento temporal de los residuos nucleares hasta su traslado a emplazamientos de almacenamiento propiamente dichos.

A este respecto resulta decisiva la prueba obrante en autos sobre la práctica de dicho almacenamiento inmediato y temporal de los residuos en el normal funcionamiento de una central nuclear. Así, la valoración de la prueba pericial efectuada por la Sala de instancia, en el sentido de que la misma autorización de funcionamiento de una central nuclear im-



plica la necesidad de hacer frente al mantenimiento temporal, por muy breve que pueda ser éste, de los residuos radioactivos que se generan es, en contra de lo que sostiene la Asociación actora, plenamente fundada. Resulta de especial relevancia el que tres informes periciales, tanto el aportado por el perito como los elaborados por Enresa y, en especial, por el Consejo de Seguridad Nuclear son coincidentes a este respecto. Así pues, parece acreditado que el almacenamiento temporal es inevitable sea cual sea la técnica (cielo abierto o cerrado) que utilice la central, así como que las instalaciones primigenias de las centrales nucleares contaron a tal efecto desde su estructura inicial autorizada con piscinas para permitir dicho almacenamiento temporal y en donde se produce, mientras se conservan en ellas los residuos, el enfriamiento inicial de los mismos.

b) Menos problemas plantea la segunda cuestión, puesto que la Sala de instancia recoge en el fundamento de derecho primero como antecedentes (véase supra en el primer fundamento de esta Sentencia) datos que hay que considerar hechos probados y que, por lo demás, obran en autos, sobre la sucesivas autorizaciones de ampliación y obras en las piscinas de las distintas centrales nucleares para habilitar una mayor capacidad de almacenamiento de las mismas. Así las cosas es claro que el almacenamiento temporal en dichas piscinas, ampliados o modificadas de conformidad con las respectivas autorizaciones requeridas por el artículo 4 del Reglamento aprobado por el Decreto 2869/1972, resulta perfectamente regular. No deja de tener razón el Abogado del Estado a este respecto cuando afirma que el presente asunto surge mediante la creación un tanto artificiosa de un acto administrativo (la solicitud a la Administración de que emitiera diversas declaraciones admitiendo determinadas irregularidades en las centrales nucleares en relación con el almacenamiento de residuos nucleares) para poder recurrir actos administrativos que en su momento no fueron impugnados, como las referidas autorizaciones.

SEXTO.- Conclusión y costas.

El rechazo de todos los motivos en que se funda el recurso de casación conduce a la desestimación de éste. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción se imponen las costas a la parte actora.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

#### FALLO

Que no ha lugar y por lo tanto desestimamos el recurso de casación

interpuesto por la Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares de España contra la sentencia de 18 de abril de 2007 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo 9/2000. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitiva-

mente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- María Isabel Pello Domenech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- M<sup>a</sup> Concepción Sánchez Nieto.



2009/275782

TC, Sección 4, Sentencia 30 noviembre 2009. Ponente: D. Elisa Pérez Vera

Malos tratos del art. 153 CP 95

## Principios de publicidad, inmediación y contradicción en la actividad probatoria

*El TC otorga el amparo solicitado al actor contra SAP de Madrid que revocó la dada por el juzgado de lo penal, que absolvió al demandante del delito de lesiones del art.153 CP 95. La AP le condenó como autor de un delito de malos tratos constitutivos de violencia doméstica del citado precepto penal, sin haber celebrado vista pública y después de haber denegado la práctica de una prueba documental solicitada por la acusación. El Alto Tribunal estima el recurso al considerar que los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho fundamental invocado, imponen inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de amparo la Sentencia de la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de mayo de 2006, por la que se revocó el pronunciamiento absolutorio recaído en Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Móstoles, de 10 de mayo de 2005, y se condenó al recurrente como autor de un delito de malos tratos constitutivos de violencia doméstica del art. 153 del Código penal (CP).

El actor atribuye a dicha resolución la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haber procedido a revisar la prueba practicada en la instancia sin respetar los principios de inmediación y contradicción, así como del derecho a la presunción de inocencia ante la ausencia de prueba de cargo válida en que sustentar la condena.

También se discrepa en la demanda de la subsunción jurídica aplicada a los hechos probados, entendiéndose que estos deberían haber sido calificados, en todo caso, como una falta de lesiones.

El Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo por entender que han sido vulnerados los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia del recurrente.

SEGUNDO.- Respecto de la primera infracción denunciada sobre el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), conviene traer a colación, siquiera de manera sucinta, la consolidada doctrina constitucional, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y reiterada en numerosas sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 21/2009, de 26 de enero; FJ 2; 108/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3), se-

gún la cual el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho fundamental invocado, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Por tal razón cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de las pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación, antes de corregir la efectuada por el órgano de instancia.

Y dicho examen directo y personal de los acusados o testigos debe realizarse en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 164/2007, de 2 de julio, FJ 2, y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 5, entre otras).

Pues, como se reseña en la STC 124/2008, de 20 de octubre, lo que "la Constitución veda ex art. 24.2 es que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena sobre su propia apreciación de lo sucedido a partir de la valoración de testimonios a los que no ha asistido" (FJ 2).

TERCERO.- En el presente caso, resulta que tras la inicial absolución del demandante de amparo por el Juez de lo Penal del delito de lesiones del art. 153 CP, por el que había sido acusado por el Fiscal y la acusación particular, la Audiencia Provincial revocó en apelación dicho pronunciamiento, condenándole como autor de un delito de malos tratos constitutivos de violencia doméstica del citado precepto penal.

A esta conclusión llegó la Sala sin haber celebrado vista pública durante la sustanciación del recurso y después de haber denegado la práctica de una prueba documental solicitada por la acusación.

Por lo que para resolver la queja planteada, debemos analizar, dentro del referido marco doctrinal, tanto las cuestiones sometidas al Tribunal de apelación y el carácter de la discrepancia entre las dos resoluciones judiciales, como la naturaleza de los

medios de prueba que se encuentran de manera particular implicados en las decisiones adoptadas.

Como se expresó en los antecedentes, la Sentencia de instancia declara como hechos probados que el recurrente se dirigió a la oficina donde trabajaba D<sup>a</sup> Ana María, con la que había mantenido una relación sentimental, preguntándole “quien es el que le llamaba a su teléfono móvil amenazándole”.

En el transcurso de esta discusión, el acusado sostiene un forcejeo con la demandante, para arrebatarle el móvil de su propiedad y comprobar así las llamadas que desde el mismo se habían realizado, sufriendo esta última excoriaciones y eritemas de carácter leve al desprenderse de su mano durante dicho forcejeo un reloj y una pulsera que portaba.

No obstante, en su fundamento jurídico primero se reseña que estos hechos no pueden integrar el delito de lesiones del art. 153 CP, al no concurrir el elemento subjetivo del injusto exigible en este tipo penal o intención dolosa en la conducta del acusado, tratándose de “un forcejeo mutuamente consentido y aceptado en su consecuencia por ambas partes”.

Para llegar a esta conclusión el Juzgado procede a una ponderación de las declaraciones del propio acusado y de la víctima, quienes reconocen en el juicio oral que tuvieron una discusión por las llamadas amenazantes que el acusado recibía, manteniendo ambos un forcejeo, durante el cual “el reloj y la pulsera de D<sup>a</sup> Ana María se desprendieron de su mano, causándole excoriaciones y eritemas de carácter leve”.

De manera particular, el acusado había manifestado que no fue “en ningún momento su intención el causar lesión alguna a D<sup>a</sup> Ana”, extremo confirmado por esta última al referir que “el acusado la agarró de la muñeca para quitarle el teléfono”.

Tales afirmaciones quedaban, por otra parte, corroboradas por otras circunstancias, como la naturaleza y poca entidad de las lesiones, tal como acreditaban los informes médicos y forenses unidos a la causa.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial comienza por rechazar la pretensión de la acusación particular expuesta en su recurso de apelación de modificar los hechos probados por el Juez a quo, por lo que los da por reproducidos, afirmando en su fundamento jurídico segundo que la determinación del concreto modo de causación de las lesiones “sólo puede acreditarse por medio de las declaraciones del acusado y de la propia recurrente en el acto del juicio oral”.

No obstante tales afirmaciones, a la vista del forcejeo acreditado en los

hechos probados en la forma expuesta, el Tribunal entiende presente el dolo de menoscabar por parte del acusado, “tanto si fue directamente querido como si se representó la posibilidad del resultado (dolo eventual)”, pues “no cabe duda que aún en la mas favorable de las interpretaciones, el acusado que, empleando la fuerza física, pretende arrebatarle a la recurrente su teléfono, no puede dejar de advertir que, con su violenta actuación, podía causar las lesiones que, en efecto, causó”.

De dichos razonamientos, infiere el Tribunal la concurrencia del delito de malos tratos constitutivos de violencia doméstica, al haber causado el recurrente a la denunciante unas lesiones que precisaron para su curación una sola asistencia facultativa.

CUARTO.- Así las cosas, no nos encontramos ante una mera discrepancia de naturaleza jurídica entre

■

*“...en el presente caso el Juez de lo Penal, como se aprecia en los antecedentes, formó su convicción sobre el extremo de la no intencionalidad del autor luego de proceder a una ponderación de pruebas de marcado carácter personal, como lo son el testimonio de la propia víctima y del acusado.”*

■

dos órganos judiciales, en cuyo caso el Tribunal ad quem puede “resolver adecuadamente sobre la base de los autos, sin que fuera preciso, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación” (entre otras, SSTC 113/2005, de 9 de mayo, FJ 3, y 119/2005, de 9 de mayo, FJ 3).

Tampoco el Tribunal de apelación ha procedido propiamente en este caso a deducir unas conclusiones distintas a las alcanzadas por el Juez a quo “a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación”, tratándose de un proceso deductivo que, “en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación”, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales (por todas, STC 75/2006, de 13 de marzo, FJ 6).

Por el contrario, en el supuesto sometido a nuestra consideración la Sala, al entender que la intención de menoscabar o lesionar debía estimarse presente en la conducta del acusado, en contra de la conclusión a que había llegado el Juzgado de lo Penal en el sentido de que se trataba de un forcejeo mutuamente aceptado, ha procedido a realizar una nueva ponderación de cuestiones de carácter fáctico sometidas al enjuiciamiento del Juzgado de lo Penal, operando, en consecuencia, una modificación implícita de los hechos probados.

Sin perjuicio de que este juicio sobre la intencionalidad del autor a realizar por el órgano judicial implica una valoración de carácter jurídico, por referencia a la necesidad de constatar por el mismo la concurrencia o no del elemento subjetivo del tipo previsto en el artículo 153 CP, el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia de instancia y la de apelación radica en este caso en la acreditación del dato fáctico sobre el que se asienta este elemento normativo, esto es, si el ahora demandante de amparo actuó con la referida intención de lesionar a la demandante.

Es sabido, además, que la presunción de inocencia sólo queda desvirtuada cuando se han probado todos y cada uno de los elementos de carácter fáctico del tipo delictivo, tanto objetivos como subjetivos (recientemente, STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 5).

Por otra parte, resulta que en el presente caso el Juez de lo Penal, como se aprecia en los antecedentes, formó su convicción sobre el extremo de la no intencionalidad del autor luego de proceder a una ponderación de pruebas de marcado carácter personal, como lo son el testimonio de la propia víctima y del acusado.

Por lo que el Tribunal de apelación, al cambiar su conclusión en la forma expuesta sin la práctica de la correspondiente prueba en la vista pública de apelación, que le hubiera permitido tomar conocimiento directo de dichos testimonios con la debida inmediación, originó la vulneración aducida en la demanda referente a las garantías del proceso justo.

QUINTO.- Según conocida doctrina de este Tribunal Constitucional, la constatación de la anterior vulneración determinará también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en la medida en que la eliminación de las pruebas irregularmente valoradas deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado.

Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero también cuando, a partir de la propia motivación de la Sentencia, se constate que dicha prueba era esencial para llegar

a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia en dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia sentencia (SSTC 126/2007, de 21 de mayo, FJ 4; 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; y 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5, entre otras)

En el presente caso, se tienen en cuenta por el órgano judicial otros elementos de prueba, como los informes médicos que obran en la causa, cuya ponderación sí puede válidamente realizarse en segunda instancia sin necesidad de reproducción en el debate procesal dada su naturaleza de prueba documental (por todas, STC 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5).

Ahora bien, la referencia a los datos derivados de dichos informes está absolutamente imbricada en la motivación de la Sentencia con la valoración de la credibilidad de los testimonios del acusado y de la víctima, por lo que estos elementos probatorios carecen de eficacia probatoria autónoma desvinculados de dichos testimonios.

Por lo demás, los informes médicos sobre las lesiones sufridas que sirven en principio para probar el hecho objetivo de éstas, no acreditan la autoría de las mismas por parte del acusado.

De acuerdo con lo anterior, hemos de declarar la vulneración del derecho del recurrente a la presunción de inocencia y anular la Sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial sin retroacción de actuaciones.

SEXTO.- El alcance de la presente decisión, consistente en la anulación de la sentencia impugnada, hace innecesario un pronunciamiento sobre el otro motivo articulado en la demanda, referente a la incorrecta subsunción jurídica aplicada por el órgano judicial a los hechos probados.

#### FALLO

Estimar el recurso de amparo interpuesto por D. Fernando y, en su virtud:

1º Declarar que han sido vulnerados sus derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2º Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de 16 de mayo de 2006, dictada por la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 304-2005.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a treinta de noviembre de dos mil nueve. Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente.- Elisa Pérez Vera.- Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados.



2009/276013

TS Sala 1ª, Sentencia 23 octubre 2009. Ponente: D. Román García Varela

Al no ser ya propietario único del inmueble

## Nulidad de cláusula introducida por promotora en escritura de constitución de propiedad horizontal

*El TS desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la constructora y los cesionarios de los derechos de uso sobre la zona bajo cubierta del edificio, confirmando la sentencia de apelación que, a instancia de la comunidad de propietarios actora, declaró la nulidad de la cláusula de la escritura de obra nueva y constitución de propiedad por pisos por la que la constructora se reservaba el derecho de ceder el uso de dichas zonas a terceros, así como la ilicitud de las obras realizadas, y condenó a los codemandados a la demolición de las mismas. El TS confirma que la promotora no podía otorgar escritura de constitución de propiedad horizontal cuando ya fueron otorgados contratos privados de compraventa con relación a varios pisos, siendo preciso en tales casos la existencia de acuerdo con los propietarios, en tanto que el promotor-constructor ya no era el propietario único del inmueble.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D<sup>a</sup> Socorro, en su calidad de Presidenta de la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL CONJUNTO RESIDENCIAL DIRECCION000, NUM000", de Oviedo, demandó por los trámites del juicio ordinario a la entidad "CONSTRUCTORA LOS ALAMOS, S.A.", los esposos D. Luis María, D<sup>a</sup> Felicísima y otros, y solicitó la declaración de nulidad de la cláusula cuarta A) de la escritura de declaración de obra nueva y constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en cuanto que la demandada, "CONSTRUCTORA LOS ALAMOS, S.A.", se reservó el uso y disfrute de los bajo cubierta del "CONJUNTO RESIDENCIAL ADORATRICES" y la posibilidad de utilizar dicha reserva en su propio beneficio o transmitirla a título oneroso, así como ejecutar las obras que estimara oportunas en dicha zona, sin necesidad de autorización o comunicación a la Comunidad de Propietarios, e, igualmente, solicitó la declaración de ilicitud de las obras realizadas, así como la demolición de las mismas.

El Juzgado rechazó íntegramente la demanda, y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula cuarta A) de la escritura de declaración de obra nueva y constitución de un edi-

ficio en régimen de propiedad por pisos, la ilicitud de las obras realizadas, así como la demolición de las obras verificadas en tejado y bajo cubierta, sin acogimiento del derribo de las efectuadas en la terraza, con fundamento en que la promotora no podía otorgar escritura de constitución de propiedad horizontal cuando ya fueron otorgados contratos privados de compraventa con relación a varios pisos, siendo preciso en tales casos la existencia de acuerdo con los propietarios, en tanto que el promotor-constructor ya no era el propietario único del inmueble, de suerte que carecía de poder de disposición para redactar dicha cláusula, en lo que apoya la nulidad de la misma.

Contra dicha resolución se han interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal por D. Luis María y D<sup>a</sup> Felicísima, y recursos de casación por los anteriores y la "CONSTRUCTORA LOS ALAMOS, S.A." y esta Sala, mediante auto de 13 de mayo de 2008, los ha admitido.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL FORMALIZADO POR D. Luis María Y D<sup>a</sup> Felicísima.

SEGUNDO.- El motivo único de este recurso acusa la infracción del artículo 218.1 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 24 de la Constitu-

ción, con apoyo en que la sentencia impugnada incurre en incongruencia por alteración de la causa de pedir, toda vez que solicitada por la actora la nulidad de la cláusula cuarta A) de la escritura de declaración de obra nueva y constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, con base en la infracción de las normas reguladoras de la Propiedad Horizontal, en tanto que las mismas impiden la atribución del uso exclusivo de un elemento común a uno de los miembros de la comunidad, la resolución recurrida ha declarado la nulidad de la citada cláusula por una falta de poder de disposición de la promotora. Con cita de las SSTS de 19 de junio de 2000, 18 de noviembre de 1996, 5 de noviembre de 1997, 10 de junio de 1998 y las SSTC de 20 de diciembre de 1985 (Sala 2ª) y 4 de diciembre de 1997 (Sala 1ª).

Esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencia de 2 de febrero de 1998, que, si se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida, ha de ponerse en relación el fallo de ésta con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si concede más, menos o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de derecho constitutivos de su "ratio", no con los que contienen meros "obiter dicta".

Desde la óptica expresada en el párrafo precedente, se evidencia que la sentencia recurrida no incide en incongruencia, habida cuenta de que, de una parte, la demandante solicitaba la declaración de los siguientes particulares: 1º, la nulidad absoluta o radical de la cláusula cuarta A) de la escritura de declaración de obra nueva y constitución de un edificio en régimen de propiedad por pisos, en cuanto que "CONSTRUCTORA LOS ALAMOS" se reserva la facultad de atribuir el uso de los bajo cubierta del "CONJUNTO RESIDENCIAL ADORATRICES" para el supuesto de que el mismo resulte viable, bien enteros, divididos físicamente o por cuotas o participaciones indivisas, a las personas físicas o jurídicas que considere oportunas, quienes a su vez podrán transmitir tal derecho, no siendo el uso en ningún caso común y sin que en el mismo se asignen cuotas de participación tanto en propiedad como en gastos comunes del edificio, así como se reserva el derecho de ejecutar las obras que estime oportunas en dicha zona sin la necesidad de autorización ni comunicación de la Comunidad de Propietarios, debiendo de ser devuelta dicha facultad de atribución del uso de los bajos cubiertas a la Comunidad de Propietarios; 2º, la nulidad de hacer constar obligatoriamente la reserva establecida en la cláusula cuarta A) en las escrituras por las que se trans-

mitan los distintos precios o participaciones indivisas de los mismos del conjunto urbanístico, pudiendo ejercitar esta reserva sin límite temporal alguno; 3º, la nulidad de la transmisión del uso de la zona del bajo cubierta y del derecho a ejecutar obras en dicha zona sin la autorización de la Comunidad de Propietarios, realizada por "CONSTRUCTORA LOS ALAMOS" a los codemandados, sin que se asignen cuotas de participación tanto en propiedad como en gastos comunes del edificio; 4º, la nulidad de cualquier acto realizado al amparo de dicha cláusula cuarta A); y 5º, como consecuencia de todo ello, se condene a los codemandados a devolver el uso de la zona del bajo cubierta a la Comunidad de Propietarios en caso de que se les hubiera otorgado. Y de otra, la sentencia recurrida ha dado respuesta en su fallo a todas y cada una de las reclamaciones expresadas en el "petitum" de la demanda, de manera que ha existido ajuste o adecuación entre los términos en que las partes han deducido sus pretensiones y peticiones y la parte dispositiva de la resolución judicial.

RECURSO DE CASACIÓN FORMALIZADO POR D. Luis María Y D<sup>a</sup> Felicísima.

TERCERO.- El motivo primero de este recurso denuncia la vulneración de los artículos 5 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, con la alegación de la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita al efecto de las SSTS 9 de mayo y 22 de diciembre de 1994, 8 de octubre de 1999 y 6 de febrero de 1989, las cuales declaran la validez de las reservas establecidas en el Título Constitutivo, cuando se establecen por el propietario inicial y exclusivo del inmueble, al tener plena capacidad de disposición en relación a sus distintos elementos; la recurrente argumenta que dicha doctrina ha sido infringida por la resolución recurrida, habida cuenta de que, si bien parece admitir dicha posición, la deja sin efecto al exigir, para que la reserva vincule a los futuros adquirentes de elementos privativos, su aprobación en Junta de Propietarios, lo que resulta imposible por cuanto es previa a la constitución del régimen de propiedad horizontal y consiguiente Junta de Propietarios.

El motivo se desestima.

Conforme determina el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, no es admisible que el promotor pueda otorgar la escritura de división horizontal cuando ya ha vendido pisos en documento privado, habida cuenta de que desde ese momento no es el dueño único, aparte de que la compraventa no requiere la solemnidad del documento público, a tenor del artículo 1280 del Código Civil.

Las sentencias indicadas no guardan relación con el hecho de que el espacio de los bajo cubiertas es un elemento común, porque tratan de supuestos en que dicho sitio puede llegar a ser privativo, por reserva expresa de la propiedad o por acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, cuyos supuestos no concurren en el caso debatido; además, no se refieren a los bajo cubiertas, sino a trasteros, terrazas o zonas accesorias a locales comerciales.

**CUARTO.-** El motivo segundo de este recurso censura la violación del artículo 609 del Código Civil, con alegación de la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y cita al efecto las SSTS de 29 de junio de 1992, 26 de noviembre de 1991, 20 de julio de 2004 y 30 de marzo de 1999, relativas a la doctrina del título y el modo, así como a los requisitos necesarios para la adquisición del dominio; la parte recurrente indica que tal doctrina resulta infringida al negar la facultad de disposición a la promotora constructora en el momento de establecer la reserva, cuando con arreglo a la misma, según la teoría del título y el modo, la mera celebración de un contrato de compraventa en un documento privado y sin entrega de la posesión, por ello sin título ni modo, no supone la transmisión alguna de la propiedad, que permanecería así en su totalidad en manos de la promotora constructora.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida considera que la superficie de los bajo cubierta constituye un elemento común, al no haberse individualizado la misma en el Título Constitutivo; además, entiende que la cláusula cuarta A) es nula por tres causas: a) la existencia de contratos privados de compraventa anteriores a la constitución del Título; b) la circunstancia de ser contrario a las normas nucleares de la propiedad horizontal; y c) la realización de obras en un elemento común sin conocimiento ni autorización de la Comunidad.

Esta Sala presta su conformidad a las referidas conclusiones de la resolución de instancia.

La cesión de uso de los bajo cubierta fue realizada por quién no disponía de facultades para ello, amén de que las personas a quienes se hizo la transmisión no están amparadas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al no concurrir los presupuestos legales respecto a este particular.

**QUINTO.-** El motivo tercero de este recurso reprocha la infracción de los artículos 1225 y 1258 del Código Civil, con alegación de la presencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y cita las SSTS

de 29 de mayo de 1997 y 3 de julio de 1995, las cuales establecen la eficacia vinculante de los contratos y equipara entre las partes la eficacia del documento privado a la escritura pública; la parte recurrente considera que tal doctrina ha resultado quebrantada por la resolución recurrida al negar eficacia vinculante a la estipulación décima de todos los contratos privados de compromiso de venta, la cual contenía la cláusula cuya nulidad ahora se declara nula, lo que contraviene el principio de buena fe que ha de inspirar todas las relaciones jurídicas y, además, se traduce en la imposición de un deber de coherencia, que limita la libertad de actuación impugnatoria posterior, cuando se han creado expectativas racionales de asunción de un determinado contenido obligacional.

El motivo se desestima.

Aunque en los contratos privados de compraventa fuera hecha la reserva que nos ocupa, no hay duda de la nulidad de la cláusula cuarta A) de la escritura de declaración de obra nueva y constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal, al haberse celebrado contratos de compraventa de viviendas del inmueble con anterioridad a la escritura suscrita por el promotor, así como de la naturaleza de elementos comunes de los bajos cubierta, por lo que era necesario un acuerdo adoptado en Junta de Propietarios sobre esta temática.

**RECURSO DE CASACIÓN DE "CONSTRUCTORA LOS ALAMOS, S.A."**

**SEXTO.-** El motivo primero de este recurso aduce la infracción de los artículos 5 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal y 609 del Código Civil, con alegación de la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y cita al efecto las SSTS de 17 de julio de 1987, 30 de marzo de 1999, 23 de marzo de 2004, 22 de diciembre de 2000, 9 de octubre de 2001, 14 de febrero, 13 de marzo y 10 de junio de 2002, las cuales establecen que no puede considerarse adquirida la propiedad por la simple formalización del contrato privado, ya que éste no genera la transmisión instrumental exigida en nuestro derecho en virtud de la teoría del título y el modo; además, la recurrente señala que tal doctrina ha sido violada por la resolución impugnada por cuanto la misma sostiene que los contratos privados de compromiso de venta eran suficientes para entender que el promotor ya no era propietario único y, en consecuencia, no podía otorgar la escritura de constitución, por lo que la cláusula enjuiciada, contenida en la misma, resultaría nula, cuando lo cierto es que los contratos de venta no estaban perfeccionados y, por tanto, el promotor sería propietario único y tenía la facultad de otorgar

la expresada escritura de constitución.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho primero, integra la siguiente argumentación:

"De una parte, y como ya se dijo, no cabe duda de la naturaleza de elementos comunes de los bajo-cubiertas y, de otra, de la documental obrante en autos resulta que respecto de varias viviendas ya se había otorgado contrato de compraventa con anterioridad a la escritura de 29 de noviembre de 1998, por lo que, y por más que en dichos contratos se hiciera referencia a la reserva en cuestión, la nulidad de tal cláusula resulta evidente, sin que pueda resultar de recibo que el hecho de la firma de tales documentos privados podría suponer una tácita aceptación o autorización a tal reserva, pues la misma así planteada con carácter individual en cada contrato en modo alguno resultaría equiparable a una decisión tomada en una reunión conjunta de todos y cada uno de los implicados (...)"

En el motivo se hace supuesto de la cuestión al soslayar los hechos probados, y a partir de una construcción propia y unilateral de la parte recurrente, se extraen consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con la prueba.

**SÉPTIMO.-** El motivo segundo de este recurso acusa la transgresión del artículo 7.1 del Código Civil, con la alegación de la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y cita al respecto las SSTS de 16 de octubre de 1992, 13 de julio de 1995, 23 de julio de 2004, 21 de mayo de 1982, 28 de abril de 1986 y 28 de abril de 1992, las cuales establecen que el transcurso pacífico de un largo período de tiempo debe producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio, y ello tanto por exigirlo la seguridad de las relaciones contractuales del tráfico jurídico, como por la prohibición de ir contra los actos propios, y la aplicación de las normas de la buena fe; la parte recurrente entiende que tal doctrina ha sido infringida por la sentencia recurrida, pues, aunque reconoce que han transcurrido casi 16 años desde el otorgamiento de la escritura pública hasta la presentación de la demanda, y que durante tal período de tiempo nada se manifestó en contra de la cláusula cuya nulidad se declara pese a obrar la misma en los documentos de compromiso de venta, resta toda trascendencia al período de tiempo transcurrido.

El motivo se desestima.

Corresponde sentar que esta Sala tiene declarado que quién puede ejercitar una pretensión es dueño de hacerlo o no mientras la acción se

mantenga viva, así como escoger el momento que estime oportuno, sin que sea dable obligarle a hacerlo, y mucho menos imponerle el cuándo (SSTS de 17 de febrero y 11 de marzo de 1999).

Por último, la acción ha sido esgrimida cuando se efectuó la obra por los codemandados D. Luis María y D<sup>a</sup> Felicísima, con la distribución del bajo cubierta en una habitación, un baño y una pequeña sala, así como la apertura al exterior de tres huecos donde se colocaron ventanas, con la solicitud de la nulidad de la cláusula cuarta A), en la que se justificaron los propietarios de la vivienda para hacer la obra, como, igualmente, la ilicitud de la verificada, y sólo transcurrieron aproximadamente seis meses desde su realización y la interposición de la demanda.

**OCTAVO.-** En consecuencia, procede la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal deducido por D. Luis María y D<sup>a</sup> Felicísima, y los recursos de casación interpuestos por los recién mencionados y la entidad "CONSTRUCTORA LOS ALAMOS, S.A.", con la condena a los recurrentes de las costas causadas por sus respectivos recursos (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal promovido por D. Luis María y D<sup>a</sup> Felicísima, y a los recursos de casación interpuestos por éstos y la entidad "CONSTRUCTORA LOS ALAMOS, S.A.", contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo en fecha de veintidós de noviembre de dos mil cuatro.

Condenamos a los recurrentes al abono de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Roman García Varela; José Antonio Seijas Quintana; Encarnación Roca Trias. Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman García Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



TS Sala 2ª, Sentencia 7 julio 2009. Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz

## Costas de la acusación popular Absolución del delito contra el medio ambiente

*Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación popular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delito contra el medio ambiente. Dice la Sala que si la ley procesal permite la condena en costas de quien, por haber sido ofendido o perjudicado por el delito, está especialmente legitimado para ejercitar la acción penal o sólo la civil derivada del delito, con más razón habrá de imponerse tal condena en esos casos de temeridad o mala fe procesal cuando, como aquí, se trata del ejercicio de una acción popular.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente, acusación popular, ha formalizado dos motivos de casación frente al fallo absolutorio dictado por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima con sede en Elche, dirigidos a impugnar la imposición a la misma de las ocho catorceavas partes de las costas procesales causadas a los acusados que lo fueron exclusivamente por ella y finalmente absueltos.

El primero se ampara en el artículo 849.1 LECrim. y acusa la aplicación indebida del artículo 240.3 LECrim. en relación con los artículos 24 y 120.3 C.E. Contiene un argumento sustancial que se endereza a sostener que “no cabe aplicar la citada temeridad o mala fe sobre mis patrocinados, y ello por cuanto el órgano instructor tuvo que examinar la denuncia interpuesta, y con su admisión a trámite puso de relieve la apariencia delictiva de los hechos denunciados, pues en ningún momento procedió a abstenerse de la tramitación del oportuno procedimiento penal, facultad ésta, que viene reconocida en el artículo 269 LECrim.....”, para añadir más adelante que “..... en ningún momento debe ser tachada la conducta de mis patrocinados de temeraria, por cuanto que si dicha conducta es aplicable a las mismas, no en vano dicha conducta también debe ser imputada al órgano instructor....”, por cuanto el Juzgado de Instrucción núm. 6 de los de Orihuela dictó auto de apertura de juicio oral respecto de los acusados.

El artículo 240.3 y último párrafo LECrim. establece que las costas procesales pueden ser impuestas al querellante particular o actor civil, cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe.

En efecto, como también exponen las entidades ahora recurrentes y ha señalado nuestra Jurisprudencia, la solución en materia de costas regulada en el precepto mencionado más arriba pasa por lo siguiente:

a) por un lado, la imposición de las costas de la acusación popular a satisfacer por el condenado en la causa. No procede con carácter general, según ha tenido ocasión de manifestar esta Sala, afirmando que el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento (costas procesales), por lo que supone de repercusión adicional económica sobre el acusado condenado, habiéndose matizado esta doctrina en la S.T.S. 1318/05;

b) por otra parte, la imposición de costas al condenado penalmente en favor de la acusación particular. La regla en esta hipótesis es la contraria, es decir, se deben incluir las costas, salvo en supuestos excepcionales en los que la intervención de la parte ha sido notoriamente superflua, inútil e incluso perturbadora, introduciendo en el proceso tesis cuya heterogeneidad cualitativa aparece patente con las de la acusación pública o con las aceptadas en la sentencia;

c) por último, hay que mencionar la imposición de costas a la acusación particular en casos de absolución de los acusados, con vistas a la evitación de infundadas querellas o a la imputación injustificada de hechos delictivos, que debe atenderse a los criterios de evidente temeridad y notoria mala fe, criterios que esta Sala adjetiva, sugiriendo la excepcionalidad en la aplicación de la norma. La

temeridad y mala fe han de ser notorias y evidentes, correspondiendo su prueba a quien solicita la imposición (por todas la S.T.S. 1029/06).

Pues bien, la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de los conceptos de temeridad o mala fe ha seguido una línea continua que podemos exponer en los siguientes términos a partir de multitud de sentencias de esta Sala. Así, la S.T.S. 37/06, con cita de numerosos precedentes, nos dice que “aunque no hay un concepto o definición legal de temeridad o mala fe se suele entender por esta Sala, como pauta general, que tales circunstancias han concurrido cuando la pretensión ejercida carezca de toda consistencia y que la injusticia de su reclamación sea tan patente que deba ser conocida por quien la ejercitó, de aquí que tenga que responder por los gastos y perjuicios económicos causados con su temeraria actuación. Sobre los conceptos de temeridad y mala fe que emplea el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para establecer la condena en costas al querellante, la doctrina de esta Sala (SSTS 2177/2002, de 23 de diciembre; 387/98, de 11 de marzo; 205/97, de 13 de febrero; 46/97, de 15 de enero; 305/95, de 6 de marzo; y de 25-3-93) ya ha advertido sobre la inexistencia de una definición legal, por lo que ha de reconocerse un cierto margen de valoración subjetiva en cada caso concreto.

No obstante lo cual debe entenderse que tales circunstancias han concurrido cuando carezca de consistencia la pretensión acusatoria en tal medida que no puede dejar de deducirse que quien la formuló no podía dejar de conocer lo infundado y carente de toda consistencia de tal pretensión y, por ende, la injusticia de la misma, por lo que en tal caso debe pechar con los gastos y perjuicios económicos ocasionados a los acusados con tal injustificada actuación, sometiendo a los acusados no sólo a la incertidumbre y angustia de ser acusado en un proceso penal, sino también a unos gastos que no es justo que corran de su cuenta.

La STS de 19-9-2001, 1600/2001 (recordando las 361/1998, de 16 de marzo; de 25 marzo 1993; de 15 enero 1997), destaca que la interpretación de esos conceptos ha de ser restrictiva, pero sin olvidar también que el absuelto ha podido ser injustificadamente sometido a un proceso penal que le ha causado no solo unas evidentes molestias e incertidumbres, sino también unos gastos que no es justo que corran de su cuenta.

La STS. 608/2004 de 17.5, incide en esta misma cuestión, recordando que conforme a lo dispuesto en el art. 240.3 LECrim. la condena en costas del querellante particular o actor civil será procedente cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe, es decir, existe un criterio rector distinto para la imposición de las costas al

condenado y a la acusación particular, pues mientras ex art. 123 CP, en relación con el 240.2 LECrim. las costas procesales se entiende impuestas por Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, la imposición de las mismas al querellante particular o actor civil está subordinada a la apreciación de la temeridad o mala fe en su actuación procesal.

No existe un principio objetivo que determine la imposición de costas a dichas partes, sino que la regla general será la no imposición, aún cuando la sentencia haya sido absolutoria y contraria a sus pretensiones, excepto si está justificada dicha conducta procesal como temeraria o de mala fe a juicio del Tribunal que deberá motivarlo suficientemente”.

O también la más reciente 842/09, insiste en que “la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado sobre esta cuestión que, ante la ausencia de una definición auténtica de lo que haya de entenderse por temeridad o mala fe, ha de reconocerse un margen de valoración subjetiva al Tribunal sentenciador, según las circunstancias concurrentes en cada caso, ponderando a tal fin la consistencia de la correspondiente pretensión acusatoria, teniendo en cuenta, por un lado, la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales, pero sin olvidar que el que obliga a otro a soportar una situación procesal debe responder por los gastos que tal situación le ha originado, salvo limitadas excepciones en las que se haya podido considerar que tenía razones para suponer que le asistía el derecho; siendo generalmente válida, a estos efectos, una referencia a la actuación del Ministerio Fiscal, por el carácter imparcial de la Institución, de tal modo que alguna sentencia de esta Sala ha llegado a decir que existe temeridad cuando la pretensión de la acusación particular supera ampliamente tanto la petición del Fiscal como la considerada ajustada a Derecho por el Tribunal.

Resta por decir que la temeridad o la mala fe pueden aparecer en cualquier momento de la causa, sin que sea preciso que se aprecien desde el inicio de la causa”, con cita también de numerosos precedentes jurisprudenciales.

Ciertamente es posible distinguir los conceptos de mala fe y temeridad, aunque sus efectos en materia de costas sean los mismos. El primero, tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia (ver el artículo 433 CC en materia de posesión), mientras que el segundo tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal y a pesar de ello insiste en el ejercicio de la acción, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en



derecho, sucediendo que en muchos casos ambos planos se confunden o superponen.

SEGUNDO.- En relación con los argumentos esgrimidos por la recurrente, debemos señalar ante todo que no impugna las concretas razones expuestas por la Audiencia, que después mencionaremos, para calificar como temeraria su conducta procesal, sino que se desenvuelve en el plano de los razonamientos alejados del caso concreto.

En relación con el esgrimido como esencial, apuntado ya en el fundamento anterior, debemos señalar que una cosa es la apariencia delictiva de los hechos y otra distinta su fundamento, es decir, su correspondencia con la realidad de las cosas.

Basta lo primero, o descripción de unos hechos como posiblemente delictivos, para incoar el procedimiento, como se desprende del artículo 269 LECrim. Cuestión distinta es su fijación a lo largo de la instrucción y si a través de las diligencias de prueba se desvanece aquella apariencia dejando de estar justificada la persistencia en el ejercicio de la acción, de forma que no es cierto que el avance del procedimiento por sí solo justifique sin más la pretensión.

Concluida la instrucción o el juicio oral con sentencia absolutoria la realidad procesal debe imponerse, pues de lo contrario la condena en costas nunca podría llegar a declararse, siendo posible, como sucede en el caso, que esta declaración de la condena en costas pueda ser parcial por la concurrencia de circunstancias que así lo justifiquen, como aquí también acaece.

De la misma forma que la intervención con o sin ánimo de lucro de la acción popular no justifica el ejercicio de la pretensión, pues de lo que se trata es de no sujetar al acusado a un procedimiento penal injustificado.

También se refiere a que si es temeraria su conducta lo sería igualmente la decisión del instructor que incluso acordó la apertura del juicio oral.

A ello debemos responder que se trata de planos distintos el de la temeridad y el de la prevaricación. La invocación del Juez, como la del Fiscal, es una referencia pero no un fundamento, pues de lo contrario desaparecería la autonomía del querellante particular o popular.

TERCERO.- La Audiencia, en el fundamento jurídico sexto, que también se remite al quinto, ha aducido las razones de su decisión de imponer a cargo de la acusación popular las ocho catorceavas partes de las costas procesales causadas a los que fueron acusados exclusivamente por la misma y después absueltos, cuya corrección debe verificar esta Sala a la luz de la doctrina precedente.

En el primero de los fundamentos aludidos teniendo en cuenta nuestra Jurisprudencia, que cita en el párrafo cuarto del mismo, la Sala de instancia distingue entre los empresarios acusados también por el Ministerio Fiscal y los funcionarios y empresarios que sólo lo han sido por la acusación popular, ponderando incluso en el primer caso la "importante labor social dirigida a mejorar el estado del río Segura....." llevada a cabo por las asociaciones querellantes.

Centrándonos en el segundo caso, personas sólo acusadas por la acción popular y después absueltas, los argumentos empleados para justificar la temeridad procesal no son ciertamente homogéneos pero sí suficientes.

En un caso (José Antonio) porque "la documentación aportada en el procedimiento no ofrece duda alguna sobre su autenticidad, ni tampoco genera sospechas la transmisión empresarial de posible fraude de ley para tratar de eludir la responsabilidad penal o civil", lo que significa su acreditada falta de legitimación como autor del delito imputado.

En relación con los representantes legales de las empresas Aufresa, Cartonajes Vegabaja y González García Hermanos, porque sus "vertidos se ajustaban según los análisis a los parámetros exigidos", lo que significa la ausencia de antijuricidad material de su conducta.

Por lo que hace a los Presidentes y Comisario de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Segura, afirma rotundamente la Audiencia que la "acusación resultaba improcedente desde el punto de vista jurídico formal por los motivos expresados en el anterior fundamento", donde se razona que dicha Confederación "no tenía competencia respecto a los vertidos realizados por los empresarios acusados al alcantarillado municipal", siendo "la competencia sobre el control de la calidad del agua de los que vertían al alcantarillado del Ayuntamiento (sic).... no obstante la Confederación realizó controles y sancionó a algunos Ayuntamientos..... muchos de los cuales se ganaron posteriormente por los municipios en vía contenciosa-administrativa por ajustarse a la ley la actuación de los mismos", concluyendo el Tribunal que "de todo lo expuesto se colige que la C.H.S. no tenía competencia en materia de vertidos al alcantarillado municipal, no ocupando por tanto la posición de garante, y desde luego no consta probado que los sucesivos presidentes o el comisario de aguas acusados hicieran una dejación de sus funciones permaneciendo inactivos frente a la situación de contaminación del río Segura.

En este sentido, llama la atención a la Sala la imputación "per saltum" realizada en el presente procedi-

miento, al dirigir la acusación primeramente contra los funcionarios de la C.H.S., en lugar de hacerlo contra los responsables municipales o autonómicos por los vertidos que no se ajustaban a los límites legales".

Es evidente que los hechos y razones anteriores no podían ser desconocidos por la parte querellante, presente a lo largo de todo el procedimiento, sin que tampoco en el desarrollo del recurso los haya impugnado.

Los fundamentos de la Audiencia justifican objetivamente calificar como temeraria la conducta procesal de la acción popular que insistió en el ejercicio de la acción penal a pesar de conocer los hechos mencionados.

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

CUARTO.- Se formaliza un segundo motivo por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 y 2 LECrim., en relación con el artículo 852 del mismo Texto y 5 de la L.O.P.J., "por estimar que se han infringido por la resolución recurrida los artículos 240 LECrim., así como los artículos 14, 45 y 24 de la Constitución, y ello al haber incurrido en error en la apreciación de las pruebas y haberse vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley, la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y la proscripción de la indefensión, y al imponerse las costas a mi representada, apreciando erróneamente temeridad y mala fe".

Este extenso título casacional viene a ser en realidad continuación del motivo anterior que se proyecta en relación con tres argumentos más precisos que integran su desarrollo, a los que vamos a dar respuesta sucesivamente, dejando de lado por falta de contenido el resto de los argumentos sugeridos en el encabezamiento transcrito más arriba.

A) En primer lugar, se invoca el artículo 45 C.E. en la medida que incorpora "la noción de calidad de vida y se constitucionaliza el deber de conservar el entorno". Tras referirse a la naturaleza de los delitos contra el medio ambiente y su especial protección, lo que en el fondo se sostiene es que habida cuenta la labor social desarrollada por las asociaciones querellantes "dirigida a mejorar el estado del río Segura, consiguiendo impulsar la acción de las administraciones públicas implicadas en la solución de tan grave problema medio ambiental y por extensión para la salud de las personas", como expresa el propio Tribunal en el fundamento sexto con carácter general, ello sería incompatible con la apreciación de temeridad en su conducta procesal, es decir, estaría justificado el ejercicio de una acción prospectiva en casos como el presente, cuando a su juicio exista una degradación del medio ambiente.

Sin embargo, este argumento no puede aceptarse, no siendo posible justificar en base a ello el ejercicio de la acción penal frente a personas físicas o jurídicas que no aparezcan como sujetos activos del delito.

Por otra parte, el artículo 45.1 C.E. no otorga acción procesal directa sino que conforme al artículo 53.3 C.E. sólo por medio del legislador pueden disfrutar los ciudadanos de un verdadero derecho con tutela judicial.

Cuestión distinta es la invocación de dicho precepto constitucional como canon hermenéutico principalmente dirigido al legislador.

B) El segundo argumento menciona la infracción de los artículos 125 C.E. y 101 LECrim., con cita expresa de la Jurisprudencia de esta Sala referida a la legitimación de la acción popular.

Pero olvidan las recurrentes que no está en cuestión dicha legitimación ni el ejercicio de la acción, prevista en los artículos mencionados, aunque de configuración legal, sino que lo discutido es el fundamento en este caso de su pretensión punitiva, y si estamos examinando el presente recurso es porque las asociaciones recurrentes gozan de plena legitimación para el ejercicio de la acción emprendida.

Si a lo que se refiere el recurso es al hecho de que el artículo 240.3 LECrim. no menciona al querellante popular, debemos señalar que la Jurisprudencia de esta Sala ya ha señalado que "si la ley procesal permite la condena en costas de quien, por haber sido ofendido o perjudicado por el delito, está especialmente legitimado para ejercitar la acción penal o sólo la civil derivada del delito, con más razón habrá de imponerse tal condena en esos casos de temeridad o mala fe procesal cuando, como aquí, se trata del ejercicio de una acción popular al amparo de lo dispuesto en el artículo 125 C.E. y 101 LECrim." (S.T.S. 682/06).

C) El tercer argumento invoca la infracción del principio de equidad con cita del artículo 3.2 CC. Vuelve a insistir el recurso en la falta de fundamentación de la sentencia, cuando ello no es así como ya hemos analizado en el fundamento anterior, sin que la decisión pueda tacharse de arbitraria.

Desde la perspectiva de la equidad como principio a ponderar en la aplicación de las normas, cuando su aplicación estricta lleve a consecuencias injustas, el artículo citado establece que sólo cuando la ley expresamente lo permita las resoluciones de los Tribunales podrán descansar de manera exclusiva en la equidad, lo que no sucede en el presente caso.

La decisión de la Audiencia no es arbitraria, está fundada y argumenta-

da suficientemente y no constituye una solución injusta o desmedida conforme a lo ya dicho en la presente resolución.

Por todo ello, también este motivo se desestima.

QUINTO.- Ex artículo 901.2 LE-Crim. las costas del recurso deben ser impuestas a las recurrentes.

#### FALLO

Que debemos declarar no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por la acusación popular constituida por el Instituto de Ecologistas en Acción y Amigos de los Humedales del Sur de Alicante frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima, con sede en Elche, en fecha 14/12/07, en causa seguida por delito contra el medio ambiente,

con imposición a los mencionados de las costas del recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.- Joaquín Delgado García.

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

empresa la reducción de jornada a 20 horas semanales y horario de 12,30 a 16,30 de lunes a viernes, salvo festivos. Petición que le fue denegada ya que la jornada que solicitaba era de igual duración a la que tenía contratada y venía realizando.

3. Tanto la sentencia de instancia, como la de la Sala de Galicia de 24 de octubre de 2008, que desestimó el recurso de la empresa, estimaron la demanda, declarando el derecho de la actora a realizar la jornada en el horario por ella propuesto.

4. La empresa ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores y proponiendo, como sentencia contradictoria, la de esta Sala del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2008.

5. La sentencia invocada desestima recurso de casación unificadora interpuesto por la demandante contra la sentencia de suplicación que, confirmando la de instancia, absolvió a la empresa demandada de la pretensión de realizar jornada de lunes a viernes de 9,30 horas a 14,30 horas para el cuidado de una hija discapacitada, en vez del horario de 13,40 a 22,10 horas que venía realizando. La Sala entendió que la pretensión carecía de amparo legal.

SEGUNDO.- La sentencia invocada cumple el requisito legal de la contradicción de igualdad sustancial de hechos y pretensiones y contradicción de pronunciamientos. No puede olvidarse que la igualdad de hechos y pretensiones que el art. 217 exige se califica de "sustancial", lo que lleva como consecuencia que carecen de relevancia las diferencias que no merezcan esa calificación. Así, no es relevante el que en el caso hoy enjuiciado la modificación de horario se pida para atender al cuidado de un menor de 8 años, mientras que la de contraste fuese para atender a un discapacitado. Tampoco lo es que los horarios de partida o la jornada pactada fuesen diferentes, pues lo sustancial es la alteración de lo pactado. Apreciándose la contradicción procede que resolvamos acerca de la doctrina unificada.

TERCERO.- La doctrina ajustada a la norma es la contenida en la sentencia invocada de contradicción de esta Sala dictada en Sala General, que reiteró sentencias anteriores de 13 y 18 de junio de 2006 (rec. 897 y 1625 de 2007) y ha sido seguida por posteriores como la de 20 de mayo de 2009 (rec. 2286/2008).

En la sentencia invocada decíamos que, "comenzando el análisis de la denuncia de infracción por el artículo 37 apartados 5º y 6º del Estatuto de los Trabajadores por ser la norma que directamente aborda uno de los aspectos de la conciliación de la vida familiar y laboral a impulso de las modificaciones introducidas en el

Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, ningún apoyo ofrece a la tesis de la demandante al no tratarse de un texto abierto sobre el que configurar diferentes posibilidades para la conciliación, a merced de la creatividad de las partes. Se trata de una norma positiva que contempla una modalidad específica de auxilio a trabajadores con necesidades familiares que atender. En concreto, el apartado 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla."

En el apartado 6º se perfila ese derecho diciendo que "la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada prevista en el apartado 4º de este artículo corresponderá al trabajador."

La recurrente tan sólo invoca el apartado 6º pero el mismo no puede desvincularse del apartado 5º pues no se trata de dos derechos independientes sino de uno solo, la reducción de jornada en el apartado 5º y la extensión en la que puede ejercitarse, con arreglo al apartado 6º.

No cabe duda de que el derecho está concebido en cuanto a su modalización de manera favorable al interés del trabajador por cuanto es éste quien concreta el horario y el periodo de disfrute, pero siempre en el ámbito de la reducción de jornada, una importante alteración que también posee la contrapartida negativa cual es la reducción proporcional del salario.

No se contempla en el Estatuto de los Trabajadores otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1º.b) del Estatuto de los Trabajadores, como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto, pudiendo dar lugar, en su caso, a la rescisión del contrato.

No cabe tampoco, como se advertía al comienzo de este razonamiento, elaborar a partir de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre sobre Conciliación de la Vida Familiar y Laboral un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes, pues como bien ha tenido oportunidad el legislador con el transcurso del tiempo desde la entrada en vigor de la citada Ley, al promulgar la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres, ha configurado una nueva expectativa que no coincide exactamente con la pretensión configurada por la demandante.



2009/265818

TS Sala 4ª, Sentencia 19 octubre 2009. Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

Al no existir reducción de jornada

## Denegación de la realización de un horario concreto para la guarda de un hijo menor

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa demandada frente a sentencia que acogió el derecho de la actora a realizar la jornada en el horario por ella propuesto para atender a su hijo menor de ocho años, pero sin reducir la duración de la jornada contratada.*

*La Sala señala que la doctrina ajustada a la norma es la contenida en la sentencia invocada de contradicción y ello porque la opción de la trabajadora no tiene ningún apoyo legal y no cabe el poder configurar diferentes posibilidades para la conciliación a merced de la creatividad de las partes; la única modalidad contemplada en el ET es la reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla y, en cuanto a las nuevas expectativas introducidas por la LO 3/2007 para la Igualdad efectiva de mujeres, éstas no coinciden exactamente con la pretensión de la demandante pues el nuevo apartado del art. 34 ET sólo establece que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Objeto de la presente sentencia es decidir acerca de si un trabajador tiene derecho a modificar su horario para atender a su hijo menor de 8 años, sin reducir la duración de la jornada contratada.

2. La demandante prestaba servicios desde 11 de abril de 2003, como auxiliar de tienda en una pizzería de la empresa demandada VIDISCO S.L. con una jornada pactada de 86 horas mensuales (mitad de la jornada ordinaria) de lunes a domingo. Cuando tuvo un hijo, solicitó de la



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2803

Madrid, 9 de marzo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

Así, en la nueva redacción, al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores se le añade un nuevo apartado del tenor literal siguiente: "El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla." Se advierte, por lo tanto que tampoco en la normativa posterior se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho contemplado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, precepto en que se regula la jornada de trabajo.

Interpretando el conjunto normativo, ya se trate del vigente en la fecha de los acontecimientos origen de la reclamación como el posterior, de aplicación en la actualidad, no se advierte en el mismo conculcación por los poderes públicos del deber de aseguramiento de la protección social y jurídica de la familia, en los términos contemplados en el artículo 39 de la Constitución Española ".

Tesis que hemos de mantener por ajustada a Derecho y ser doctrina consolidada de este Tribunal, por lo que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y resolviendo el debate planteado en suplicación estimar el interpuesto en su día por la empresa y desestimar la demanda.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la representación procesal de VIDISCO, S.L. contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 24 de octubre de 2.008. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación, estimamos el interpuesto por la misma parte frente a D<sup>a</sup> Yolanda y desestimamos la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra en los presentes autos. Devuélvase al

recurrente el depósito constituido para recurrir.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Ramon Martinez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



### TS CIVIL

2009/276014

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 11 noviembre 2009.  
Ponente: D. Román García Varela

#### Derecho reconocido a propietario de local a instalar ventanas y cerramiento de terrazas

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios confirmando la sentencia de la AP que rechazó la pretensión de que se condenara a la demandada a demoler las obras realizadas en los locales de su propiedad, alegando que dicha demandada había invadido y convertido en elemento privativo una superficie que no lo era y que se trataba de obras no consentidas por la comunidad. Declara la Sala que, además de que la actora no acredita el interés casacional invocado, el título constitutivo reconoce el derecho de acceso de los locales de la demandada lo que conlleva también el derecho de instalar ventanas, y atribuye a cada local una terraza como elemento privativo, por lo que las obras realizadas de apertura de ventanas y cerramiento de las terrazas no suponen transgresión de las normas de propiedad horizontal.



### TS PENAL

2009/259068

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 17 octubre 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

#### Improcedente comiso de joyas en delito contra la salud pública

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto el comiso de las joyas que le fueron incautadas al recurrente, por cuanto el tribunal guarda sobre las mismas un total silencio, y nada dice acerca de las posibles explicaciones del recurrente acerca del origen de aquellas, por lo que la ausencia de razonamiento no puede conducir a otra solución que la estimación parcial del motivo.

2009/251522

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 14 octubre 2009.  
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

#### Condición de coautor por el dominio del hecho en delito de asesinato

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados

contra sentencia que les condenó como autores de un delito de asesinato. Para el TS es claro que no cabe excluir, como pretende la defensa, la conducta del acusado del delito de asesinato por alevosía en la modalidad de proditoria o traicionera, que es la apreciada en sentencia, pues si bien el hecho nuclear que se le atribuye es dar las órdenes para la ejecución de la víctima, lo cierto es que no sólo se limitó a dar las órdenes, sino que también viajó con el ejecutor material del homicidio en un turismo hasta el lugar de los hechos y controló y dominó el hecho de la propia ejecución.



### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/300092

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección 3<sup>a</sup>, Sentencia 20 noviembre 2009. Ponente: D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Isabel Perelló Domenech

#### Caducidad de la concesión minera por incumplimiento de los trabajos previstos en los planes de labores

El TS desestima al recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido por la entidad mercantil contra

la resolución de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid, que declaró la caducidad de la autorización de la explotación de recursos de mineros. La Sala confirma la caducidad por el incumplimiento grave y reiterado de los trabajos aprobados por los planes de labores a tenor de lo dispuesto en el artículo 109, e) Reglamento General del Régimen de la Minería, sin que sea admisible la aplicación al expediente los principios y garantías del procedimiento sancionador.



### TS SOCIAL

2009/276085

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 3 noviembre 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

#### Denegación de pensión anticipada a personal estatutario

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante -personal estatutario- frente a sentencia que rechazó su derecho a la pensión de jubilación parcial anticipada a los 61 años.

La Sala señala que actualmente no se permite la jubilación parcial anticipada al personal estatutario mientras no sea desarrollada tal posibilidad reglamentariamente, puesto que la modalidad de jubilación aquí cuestionada solo está claramente prevista y perfeccionada en el ordenamiento de la Seguridad Social -desarrollada reglamentariamente en la actualidad en el RD 1131/2002 - para los trabajadores por cuenta ajena, pero necesita un desarrollo propio y específico respecto a quienes, como el personal estatutario de los Servicios de Salud, tienen un régimen jurídico muy distinto en relación con la prestación de servicios.