



Roj: STS 4711/2009 - ECLI:ES:TS:2009:4711

Id Cendoj: 28079120012009100735

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2394/2008

Nº de Resolución: 722/2009

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Julio de dos mil nueve

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, que absolvió a los acusados Victoriano y Victor Manuel de un delito contra el medio ambiente, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte los recurridos acusados Victoriano, Victor Manuel y Herbusa, S.A., como Responsable Civil Subsidiaria, representados por la Procuradora Sra. Puyol Montero

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Ibiza incoó procedimiento abreviado con el nº 16 de 2.007 contra los acusados Victor Manuel, Victoriano y contra HERBUSA, S.A. como Responsable Civil Subsidiario, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, que con fecha 9 de junio de 2.008 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *En atención a las pruebas practicadas, procede declarar: PRIMERO.- La entidad Herbusa S.A. fue constituida mediante escritura pública de fecha 22 de noviembre de 1.979, por D. Victoriano, D. Rogelio, Dª Palmira y Dª Adelina, autorizada por el Notario que fue de Ibiza D. Gonzalo López Fando. Con un capital social de un millón de pesetas, su objeto social era el transporte en general, así como todas aquellas funciones auxiliares como acarreos, carga y descarga, almacenamiento de mercancías, etc. pudiendo al efecto celebrar contratos de arrendamientos del servicio de recogidas de basura a domicilio con Entes Locales, Comarcales, Preautonómicos y Autonómicos. Fueron nombrados Administradores Solidarios de la misma, el aquí acusado Victoriano -nacido el 13-7-1953, sin antecedentes penales, y en libertad por la presente causa- y D. Rogelio, hermano y socio del anterior, ya fallecido. Tras sucesivas reelecciones en el cargo, aumentos de capital social, modificación de los estatutos sociales en orden a adaptarlos a la nueva normativa mercantil, y cambio de la administración solidaria por mancomunada, efectuado en instrumentos públicos que no es menester citar aquí, mediante escritura de 19 de julio de 1.993 autorizada por la Notario de Ibiza Dª María Nieves Torres, se elevó a público el nombramiento de Administrador Único del aquí acusado. Mediante escritura de fecha 5 de marzo de 1997 autorizada por la Notario de Ibiza Dª María Eugenia Roa, fueron modificados diversos estatutos de la sociedad, entre ellos el atinente a su objeto social que pasó a ser "La explotación de servicios y/o productos de limpieza, recogida, tratamiento, transporte, transformación, aprovechamiento, reciclaje, reutilización, comercialización, suministro de residuos, recursos, materiales, energía, mercancías de cualquier índole en el ámbito público y privado. La realización de servicios, trabajos, proyectos, estudios, informes, obras e instalaciones relacionadas con el medio ambiente, los residuos, la limpieza, la jardinería, el paisaje urbano, forestal y rural, servicios públicos y privados, comunidades, industrias, construcciones. El suministro, instalación, limpieza, mantenimiento, alquiler, fabricación, reparación de bienes y equipos, mobiliario urbano, señalización y cualquier producto o servicio relacionado con el entorno urbano, los inmuebles, parques y jardines, las infraestructuras. La ejecución de obras e instalaciones de cualquier índole, de carácter público o privado. La licitación y contratación pública o privada para el ejercicio de las actividades citadas. Podrán ejercerse por sí o a través de participaciones en sociedades con similares objetos sociales". En sucesivas escrituras públicas, consta reelegido Administrador Único al aquí acusado, cargo que sigue ostentando en la actualidad.*

SEGUNDO.- Entre otras actividades, la entidad Herbusa S.A. ha venido explotando el vertedero que se describirá ulteriormente, denominado Ca Na Pucha, gestionándolo profesionalmente en calidad de Director y Apoderado, desde el 21 de octubre de 1.988, el también acusado Víctor Manuel -nacido el 22-1-1962, sin antecedentes penales, y en libertad por la presente causa-, hasta que, en fechas que no constan, empero que cabe situar en el primer semestre de 2.003, el Consell Insular de Eivisa i Formentera procedió a expropiar los terrenos y las instalaciones emplazadas en el vertedero.

*TERCERO.- El vertedero de autos, se hallaba ubicado en terrenos propiedad de la propia Herbusa S.A., en el paraje conocido como Canal D, en Rosa o Canal de na Pucha, Km. 6 de la carretera de Santa Eulalia a Jesús, en las inmediaciones de la Serra Des Puig, término municipal de Santa Eulalia (Ibiza), al NE de la ciudad de Ibiza, y con coordenadas geográficas UTM para su localización NUM000 , NUM001 . El vertedero, ocupaba la parte superior o cabecera del lecho de una antigua torrentera, sin caudales permanentes por tratarse de un barranco típico de zonas mediterráneas, que desembocaba en el mar a la altura de Cala S'Estanyol, y con el transcurso de los años, fue invadiendo mayores cotas de terreno, en una zona natural enmarcada por un paisaje de tipo forestal que se corresponde con un pinar sabinar denso y bien estructurado, y con un relieve accidentado con fuertes desniveles tipográficos, ocupando la superficie del vertedero, cuando menos en 1.999, aproximadamente 75.000 m². El vaso del vertedero ha llegado a acumular durante las últimas cinco décadas un volumen calculado de $2 \times 10(6) / 2,5 \times 10(6)$ toneladas de residuos sólidos. A) En febrero de 1.982, el instituto Geológico y minero de España (Ministerio de Industria y Energía) y a instancia del Excmo. Consell General Interinsular de Les Illes Balears, emitió informe acerca de la viabilidad de emplazar, sobre el vertedero de autos, el punto elegido por el Consell Insular de Ibiza como vertedero insular de residuos urbanos, y ello en orden a prevenir la alteración de los recursos hídricos subterráneos. Dicho informe concluyó que, al ubicarse el actual vertedero sobre unos afloramientos constituidos por margas arenosas y calizas margosas del Cretácico Inferior, con un espesor medio de 50 metros, el carácter de dichos afloramientos era de una total impermeabilidad, encontrándose independizadas las calizas compactas y dolomías del lías inferior infrayacentes, por lo que no existía riesgo de alteración negativa de la calidad del agua subterránea de dicha zona. Las conclusiones de dicho informe fueron reiteradas en octubre de 1.992 al solicitar la Consellería de Comerc i Industria nuevo informe ampliatorio, al estarse tramitando el Plan Insular para la Isla de Ibiza, en el ámbito del "Plan Director para la Gestión de los residuos sólidos urbanos de las Islas Baleares", que fue aprobado por Decreto 68/1994, de 13 de mayo. B) No obstante, estudios posteriores de los años 1996 y 1997, patrocinados por las empresas Cespa S.A. y Cadómica S.L. ya dejaron constancia de que existían indicios de que los terrenos sobre los que se asentaba el vertedero pudieran ser permeables en vez de impermeables como sostenía el Instituto Tecnológico y Geominero de España (ITGE), lo que ulteriormente ha quedado confirmado pericialmente, por estudios llevados a cabo por Duna Baleares S.L. (entre los años 1999 y 2002, siendo su director y coordinador, el biólogo y perito judicial designado, D. Valentín) y por los llevados a cabo por los propios técnicos del ITGE en el año 2005 (los geólogos D^a Soledad y D. Fulgencio), al disponerse de mayor información geológica e hidrológica. Así, desde un punto de vista **GEOLÓGICO** , cabe establecer que los materiales sobre los que se asienta el vertedero, ambos de edad jurásica, constituidos por calizas y mergocalizas de una parte, y por calizas y dolomías de otra en un plano inferior, y, con independencia de su potencia y/o espesor concreto, presentan una permeabilidad media-baja. Desde el punto **HIDROLÓGICO** , cabe establecer que la cuenca del vertedero, ofrece, a grandes rasgos, las siguientes características: Superficie aproximada de la cuenca: 493.330 m². Precipitación anual media (Pm) de 400 mm (1/m²). Evapotranspiración potencial anual de 900 mm (1/m²). Cociente Pm/ETP=0,4. Porcentaje de escorrentía superficial aguas arriba del vertedero: 75%-90%. Permeabilidad de la superficie del vertedero: baja. De tales características, puede afirmarse que es bajo el riesgo de contaminación de los acuíferos, por la infiltración de aguas pluviales sobre la masa de residuos del vertedero, pues es poco extensa (baja) la superficie de la cuenca, es escasa la pluviometría, y la permeabilidad del residuo es también baja. Desde el punto de vista **HIDROGEOLÓGICO** , los materiales geológicos descritos precedentemente, constituyen en su conjunto un acuífero libre conectado al mar. El nivel piezométrico de este acuífero, en el entorno del vertedero, se encuentra a 115 metros de profundidad, que corresponde a una cuota absoluta en torno a 1 m. sobre el nivel del mar. No obstante, en el propio vertedero, al existir al menos 30 m. de acumulación de residuos, el espesor de la Zona No Saturada del acuífero se reduce a 80 m. El flujo regional del agua subterránea en este sector, se dirige hacia el SE (hacia el mar), según la dirección de las estructuras geológicas. La extensión de la Zona No Saturada, al ser de importante espesor, sirve de atenuante para los posibles contaminantes que se pueden incorporar al flujo subterráneo. En la zona situada al NE del vertedero (que comprende terrenos del Golf de Ibiza-urbanización Roca Llisa), existe otro acuífero más superficial, que explota los materiales más recientes del Cuaternario y los niveles más permeables del Cretácico, es decir, materiales estratigráficamente*

situados sobre los que se ubica el vertedero. Este acuífero, presenta niveles piezométricos más altos que el anterior, entre 25 y 55 m. sobre el nivel del mar. Este acuífero, está desconectado del anterior.

CUARTO.- El vertedero Ca Na Pucha, desde la década de 1.960, se erigió en el destino exclusivo de todos los residuos sólidos de la isla de Ibiza. Acogía todo tipo de materiales de uso doméstico o industrial (materia orgánica, escombros, textiles, papel cartón, plásticos, vidrio, metales, algas marinas, restos de jardín y podas e incluso materiales tóxicos y peligrosos) -en un porcentaje referido al año 2001, entre el 1 y 2% del peso total de los residuos, según muestreos indicativos realizados en dicho año en contenedores de la Ciudad de Ibiza- así como muy puntualmente lodos de depuradoras cuando los agricultores, por circunstancias meteorológicas, no podían hacer uso de ellos, sin que hasta la década de 1.990 se hiciese una recogida selectiva de materiales. Ello trae causa de que la explotación social del vertedero por parte de Herbusa S.A. fue continuación ininterrumpida de la iniciada por el padre de Victoriano en la década de los años 1.960, a cuyo efecto Herbusa S.A. contrataba tanto con particulares, como con entidades privadas y públicas, entre otras: Con el Ayuntamiento de Ibiza, en fecha 20 de febrero de 1988, por período de 4 años prorrogables, y tras los trámites administrativos pertinentes, se adjudicó la gestión indirecta del depósito y tratamiento de los residuos sólidos producidos en el término municipal (tanto las basuras domiciliarias, como los restos derivados de la limpieza de playas, limpieza viaria, mantenimiento de jardines y zonas verdes, poda de arbolado, limpieza y mantenimiento de dependencias municipales, asimilados y residuos aportados por los vehículos afectos al servicio del Excmo. Ayuntamiento). Con el Ayuntamiento de Sant Joan de Labritja, en fecha 31 de mayo de 1.994, prorrogó y actualizó precedente contrato de 1 de abril de 1985 relativo a la eliminación y enterramiento de residuos sólidos urbanos. Con el Ayuntamiento de Santa Eulalia, y según certificación expedida por el Secretario accidental datada el 9 de diciembre de 1996, desde hacía 15 años, Herbusa S.A. venía realizando para el Ayuntamiento el servicio de limpieza viaria, recogida domiciliaria y tratamiento y eliminación de residuos; desde hacía 10 años, el servicio de limpieza de playas, y desde febrero de 1995 el servicio de mantenimiento de jardines. Con el Ayuntamiento de Sant Josep de Sa Talaia, en fecha 1 de junio de 1.997, y por plazo de 6 años y tras los trámites administrativos pertinentes, formalizó contrato de gestión del servicio público de recogida domiciliaria de residuos urbanos, objetos voluminosos y su tratamiento, limpieza viaria y limpieza de playas, en régimen de concesión, así como los servicios de recogida selectiva de papel y cartón, vidrio y objetos metálicos. Con la Dirección General de Aeropuertos Nacionales, en fecha 22 de marzo de 1.990, y tras los trámites administrativos pertinentes, contrató el servicio de recogida y eliminación de residuos sólidos del Aeropuerto de Ibiza. E idéntico objeto tiene el nuevo contrato concertado con Aena, en fecha 1 de marzo de 2001. Con la Junta del Puerto de Palma de Mallorca (en la que se integraba el Puerto de Ibiza), en fecha 12 de junio de 1989, concertó contrato de gestión de servicios públicos para la prestación de servicios diversos relativos a la limpieza del Puerto de Ibiza. Con el Puerto Deportivo Marina des Botafoch, desde 1986, tenía contratado el servicio de recogida de basuras y eliminación de residuos sólidos.

QUINTO.- Por lo menos desde los años 80, los residuos que se acumulaban en el vertedero, eran sometidos a una labor de compactación y recubrimiento con tierras, disponiendo Herbusa S.A. a tal fin de maquinaria y personal, con vigilancia permanente las 24 horas del día; los camiones que entraban pasaban por un registro, se pesaba la carga y se efectuaba un control visual de los materiales que resultaran inaptos para su posterior depósito. En fecha que no se puede precisar, pero que cabe situar en la segunda mitad de los años 90, se constató en el talud frontal del vertedero ciertas humedades, que Herbusa asoció con la generación de lixiviados (antes no visibles); también tuvieron lugar súbitas apariciones de gas metano lo que, anudado a las quejas aparecidas en prensa sobre consecuencias inherentes a la existencia misma del vertedero para los vecinos próximos (impacto visual, tránsito de camiones, malos olores, gaviotas, etc.) determinó a Herbusa a acometer su rápida subsanación dentro de lo técnicamente posible. Así, consta que, cuando menos en septiembre de 1998, la gestión del vertedero ya se caracterizaba por las siguientes medidas correctoras de carácter ambiental: a) Extracción activa de gases (principalmente metano) desde el interior de la masa de residuos, mediante un sistema de bombas de succión y conducciones, que llevaban los gases hasta un quemador situado junto a la superficie de la masa de residuos. b) Estabilización del talud frontal del vertedero, mediante una reducción de la pendiente del talud frontal, reforzado con rocas en su base. c) Construcción de una red de drenaje superficial para recogida de pluviales en las zonas no activas del vertedero en aquel entonces (mitad sur), con objeto de reducir la entrada de agua a la masa de residuos. d) Instalación de un pozo de recogida de lixiviados en la base del talud ferontal, en el centro del vaso del cauce torrencial en el que se halla el vertedero. Se trata de un sistema de extracción y bombeo de lixiviados, que consta de un pozo de captación, una bomba impulsora y una piscina de almacenamiento. El lixiviado era conducido hasta la parte superior del vertedero y recirculando a través del mismo, siendo después trasladado a la depuradora del Ibalsan, sita en S. Jorge. e) Depósito esporádico de capas de neumáticos (material en principio inerte, al no añadir una contaminación destacable a los posibles lixiviados, pues es

material muy poco degradable) con la finalidad de mejorar el drenaje de la masa de residuos. f) Para el recubrimiento de la masa de residuos, uso de capas de tierras, obtenidas de las paredes del propio vaso del vertedero, mediante el empleo de maquinaria pesada, formando así el material margocalizo, una vez compactado, una capa de muy baja permeabilidad, lo que disminuía el riesgo de infiltración y, por tanto, el de contaminación del subsuelo del vertedero. Para llevar a cabo esas tareas de control y seguimiento de los residuos, y actuar en proyectos de mejora de la gestión del vertedero Herbusa contrató primero a D. Carlos Francisco , Ingeniero Agrícola, miembro de Ategrús y anterior Jefe de Explotación de Depuradora en Ibiza, quien, durante el período 1996/2000 fue el primer técnico de la sociedad de autos, y a quien siguió, desde el año 2001, D^a Rosario , Ingeniera Técnica Industrial y especialista en Medio-Ambiente como responsable del departamento técnico. Ambos técnicos, en representación de Herbusa, asistían periódicamente y participaban en cursos, conferencias o foros sobre el tratamiento de residuos sólidos/vertidos controlados. El vertedero, disponía, además de un perímetro de seguridad para evitar incendios y pistas interiores que periódicamente se regaban para evitar el polvo con la reserva de agua permanente allí existente, del siguiente equipamiento: Control de acceso: valla y báscula de 30 T. Equipos de compactación: CAT 816 B (más 1 reserva CAT 936). Equipos auxiliares: Cat 953 C especial vertedero. 2 KOMATSU 955. 1 JCB 4x. 2 camiones cisterna. Camiones Caja Abierta. 1 Land Rover. 1 Generador 30 Kw. 1 generador 15 Kw. 1 tanque de combustible. Maquinaria complementaria: Retroexcavadoras. Camiones para movimiento tierras. Equipos de tratamiento del biogás: 1 antorcha Hofstetter C1/400. 1 bomba de aspiración. 1 red de captación-canalización. regulación de 8 sondeos. Equipo de recogida de Lixiviados: red de captación. Colector general. 1 depósito de 24 m3 (hormigón). 1 bomba de impulsión. Herbusa S.A., por consiguiente, fue evolucionando en medios y gestión del vertedero, operando de facto como un vertedero controlado de residuos sólidos. SEXTO.- A) La explotación del vertedero por parte de Herbusa S.A. que, como se ha dicho, fue continuación ininterrumpida de la iniciada por el padre de Victoriano en la década de los años 1960, sólo contaba administrativamente a tal fin con la autorización resultante del Acuerdo adoptado el 24-2-1968 por el Pleno del Ayuntamiento de Santa Eulalia Des Riu (Ibiza) y en cuyo término se halla asentado el vertedero, que literalmente dice así: "3.- Depósito de Basuras.- a) Teniendo en támara el cambio de lugar del depósito de la basura, y habiendo una oferta verbal de un señor particular referente a la instalación de un nuevo depósito de basuras sito en Cala Llonga de Dins, el cual ofrece depositar las basuras del municipio de Santa Eulalia, siempre que se le autorice el poder depositar las basuras de la ciudad de Ibiza. b) El Ayuntamiento pleno acuerda estar conforme con la propuesta formulada y siempre que se apruebe por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos el correspondiente expediente de Actividades Molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, y se hagan a cargo del citado propietario todas las instalaciones necesarias, cargando sobre el mismo las responsabilidades que de tal depósito pudieran derivar. Asimismo, se acuerda facultar a los señores Alcalde y Secretaria para que puedan gestionar y firmar los pertinentes documentos y demás elementos necesarios para llevar a buen término la gestión". Mediante Oficio fechado el 1 de diciembre de 1975, y en respuesta a la petición de informes sobre el susodicho vertedero, el entonces Alcalde del Ayuntamiento de Santa Eulalia, comunicó al Excmo. Gobernador Civil de la provincia de Baleares, que el vertedero en cuestión había sido aprobado en sesión celebrada el 24 de febrero de 1968, considerando su lugar adecuado para tales fines; que se había obtenido informe favorable del Inspector Municipal de Sanidad, así como de los servicios técnicos municipales; que se había completado el expediente y remitido a la aprobación provincial, con el informe favorable de todos los departamentos obligados a ello; que el citado expediente había sido aprobado y restituido al Ayuntamiento de Ibiza y de Santa Eulalia con fecha 11 de noviembre de 1968, indicando que tenía que instalarse un depósito de agua a efectos de incendios y vallarse a efectos de que los animales no propagasen enfermedades. Que el depósito, funcionaba como vertedero de basuras de toda la isla desde aquellas fechas, habiéndose pedido para el control de las basuras que, en vez de la destrucción, que se hiciese por quemación. Por causas que no constan, no llegó a expedirse licencia. Herbusa S.A. se hallaba dada de alta fiscal como contribuyente en la actividad de Eliminación de Residuos por Procesos Mecánicos. B) Desde comienzos de la década de los 90, múltiples fueron las gestiones y/o actuaciones de Herbusa S.A. ante las Administraciones municipal, insular y autonómica, primero verbales, luego escritas, tendentes a conseguir las preceptivas autorizaciones para acomodarse a la sucesiva normativa sectorial que iba promulgándose, a legalizar su actividad y sucesivas medidas que, con carácter perentorio, demandaba la explotación del vertedero. Entre otras muchas, cabe citar aquí: En fecha 3 de septiembre de 1997, Herbusa remitió escrito al Alcalde del Ayuntamiento de Santa Eulalia, donde, tras exponer una serie de vicisitudes de variada índole, interesaba se ordenara la inspección del vertedero, se indicara las medidas correctoras que eventualmente debieran adoptarse, la emisión de autorización para la continuidad en la explotación de la referida industria, otorgando en su caso la correspondiente licencia o certificación acreditativa de darse cumplida satisfacción a la normativa reguladora vigente. En fecha 1 de septiembre de 1997, Herbusa remitió escrito a la Consellería de Medi Ambient del Consell Insular D,Eivissa i Formentera, solicitando renovación de la autorización concedida para la eliminación de gaviotas, comunicando que el

número de las eliminadas entre Sep. 1996 y Agosto de 1997 se estimaba en unas 3.500 unidades. En fecha 22 de abril de 1998, por Decreto de la Alcaldía de Santa Eulalia, y en respuesta al escrito presentado por Herbusa fechado el 3 de septiembre de 1997, se acordó, una vez contrastada la antigüedad de la autorización de apertura del vertedero de la isla de Ibiza, ubicado en el susodicho término municipal, conceder un plazo de 30 días para presentar el correspondiente proyecto de adecuación del vertedero a la normativa vigente. Tras su recepción, Herbusa interesó del Ayuntamiento de Santa Eulalia, la comunicación de los parámetros, normas y condiciones técnicas de aplicación en la redacción del proyecto -dada la complejidad y carácter multidisciplinar de la materia- así como una moratoria en la presentación del proyecto. En respuesta al escrito de Herbusa S.A., el Ayuntamiento, en fecha 11 de agosto de 1998, comunicó a la mercantil de constante referencia que, por ser el vertedero de autos de ámbito insular, a tenor del Plan Director para la gestión de residuos sólidos, la cuestión era materia reservada a la competencia del Consell Insular, por lo que cualquier iniciativa debía ser adoptada por dicho órgano. En fecha 18 de junio de 1998, Herbusa S.A. remitió a la Consellería de Medi Ambient del Govern Balear y a la Consellería de Medi Ambient del Consell Insular D,Eivissa i Formentera, sendas notificaciones de actividad, en las que, a modo de síntesis, exponía lo siguiente "Conforme a lo establecido en la Ley 10/1998 de 21 de abril, y especialmente en su disposición transitoria primera, mediante el presente pongo en conocimiento de esa Consellería ... que la mercantil Herbusa S.A. realiza la actividad de eliminación de R.S.U. en el único vertedero de R.S.U. existente en la isla de Ibiza ubicado en y en el que, desde la década de los años sesenta se viene prestando el servicio de eliminación de R.S.U. a los municipios de la isla". En escritos fechados el 18 de marzo de 1999, Herbusa S.A. dirigió nuevos escritos al Ayuntamiento de Santa Eulalia y al Consell Insular D,Eivissa i Formentera, reiterando la falta de respuesta a precedentes solicitudes e interesando del Ayuntamiento la expedición de certificado de disponibilidad de licencia de actividad del vertedero, o bien la licencia que procediera de acuerdo con la legislación vigente; e interesando del Consell indicaciones claras y precisas para cometer sin demora medidas correctoras. En fecha 23 de julio de 1999, Herbusa S.A. remitió al Ayuntamiento de Santa Eulalia escrito, adjuntando 2 ejemplares del "Proyecto básico de obras para actuaciones prioritarias en el vertedero insular de RSU de ca Na Pucha", interesando se sirviera expedir la correspondiente licencia, adjuntando autoliquidación de tasa, con una base imponible de 242.917.339 ptas. En fecha 30 de marzo de 2.000, Herbusa S.A. remitió escrito al Consell Insular D,Eivissa i Formentera poniendo de manifiesto entre otras alegaciones, tanto la pasividad del Ayuntamiento de Santa Eulalia como del propio Consell a plurales escritos y solicitudes remitidas (adjuntando al efecto una relación de actuaciones), e interesando se acordara con carácter urgente la autorización para la realización de las obras de adecuación de las actuales instalaciones del vertedero, dejando expresa constancia de la reserva de daños y perjuicios que se estaban provocando a Herbusa y de las posibles responsabilidades de cualquier orden que se podían provocar como consecuencia de la actual situación conocida y no solucionada desde la Administración. En fecha 12 de diciembre de 2000, Herbusa S.A. remitió nuevo escrito al Consell Insular D,Eivissa i Formentera, doliéndose de forma reiterada de la falta de respuesta, instando nuevamente se le autorizara a la realización de las obras de referencia. En fecha 22 de mayo de 2002, por la Consellería de Medi Ambient del Govern de les Illes Balears se remitió escrito a Herbusa, comunicándole que, de conformidad al Real Decreto 1481/2001, sobre eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, y de conformidad a su art. 15, antes del 16 de julio de 2002, debía elaborar y someter a la aprobación de la autoridad competente un plan de acondicionamiento del vertedero. En fecha 2 de julio de 2002, la entidad Herbusa presentó el proyecto de acondicionamiento del vertedero, haciendo nuevamente constar en su escrito las peticiones anteriormente solicitadas al Ayuntamiento de Santa Eulalia, y al Consell Insular D,Eivissa i Formentera. En fecha 14 de agosto de 2002, la Consellería de Medi Ambient del Govern de les Illes Balears, acusó recibo del Plan de acondicionamiento presentado, considerándolo conforme a lo establecido en el Real Decreto 1481/2001. Por ello, de conformidad a lo previsto en el art. 15.1 c) la Dirección General de Residuos y Energías Renovables determinaría las obras necesarias y fijaría un período transitorio para su ejecución.

SÉPTIMO.- Paralelamente, en los últimos años de la década de los 90, se estaba gestando el nuevo Plan Director Sectorial para la gestión de residuos Urbanos D,eivissa i Formentera, que fue definitivamente aprobado por Decreto de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de 30 de marzo de 2001 (Bocaib de 14-4-01), entrando en vigor al siguiente día de su publicación. Su finalidad, según su exposición de motivos, respondía no sólo a las dudas jurídicas existentes sobre la validez del anterior Plan de 1994 (no íntegramente publicado), sino también adaptarse a la Ley 10/98 de 21 de abril, de Residuos, a la Ley 11/97, de Envases y Residuos de envases, y a las leyes autonómicas 9/97 y 6/99, sobre medidas tributarias y administrativas y Directrices de ordenación territorial de Les Illes Balears. El Plan, se inspiraba además en los requisitos técnicos mínimos, marcados por la Directiva 1999/31 / CE de 26 de abril de 1999, cuya adaptación o trasposición al marco de nuestra legislación básica sobre protección medioambiental acaeció por Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre. Su ámbito de aplicación material (art. 2) se ceñía a la gestión de los residuos urbanos

(domiciliarios, comerciales y de servicios, sanitarios, limpieza viaria, zonas verdes y recreativas); residuos de envases; fangos de las estaciones depuradoras; residuos sanitarios del grupo II y restos de origen animal que no tuvieran consideración de material específico de riesgo. El modelo de gestión (art. 3) se inspiraba en la siguiente jerarquía de principios: el de prevención y minimización de residuos; en su caso, su reutilización, reciclaje y valorización, y en última instancia su depósito en vertedero controlado.

En el art. 6 , se establecían como obligaciones básicas de las diferentes administraciones a) a cargo de los ayuntamientos de la isla d,Eivissa, entre otras, la recogida en masa selectiva de los residuos urbanos y obligatoriamente transportarlos hasta las plantas de tratamiento de residuos designadas por el Consell; b) a cargo del Consell Insular d,Eivissa i Formentera, con el carácter de servicio público obligatorio insular, entre otras muchas, el tratamiento unitario e integrado de todos los residuos, con la ejecución previa de todas las obras relativas a la construcción de las plantas previstas en el Plan, y la adecuación del vertedero de Ca Na Putxa, según al Directiva 1999/31 / CE, siendo además uno de los objetivos concretos del Plan Sectorial, el establecer los requisitos técnicos de adecuación del vertedero de constante referencia; c) a cargo del Govern de les Illes Balears, entre otras, la autorización, vigilancia, inspección y sanción de las actividades de producción y gestión de los residuos, así como el financiamiento del 30% de las inversiones no subvencionadas por la Unión Europea. Conforme a su art. 12 , el Consell podía proceder a la adecuación del vertedero después de obtener la total disponibilidad de los terrenos o, en caso de gestión indirecta, por quedar integrados en el patrimonio del gestor efectivo del Servicio, a cuyo efecto el art. 23 declaraba de utilidad pública e interés general todas las obras, instalaciones y servicio incluidos los accesos a efectos de expropiar forzosamente los terrenos necesarios para que se materializaran. En la Disposición Transitoria Tercera, punto 4 , se establecía lo siguiente "Hasta que no se adecúe el vertedero d,Eivissa de Ca Na Putxa, se continuará con el vertido en las condiciones actuales". B) En aplicación, ejecución y desarrollo del citado Plan Director Sectorial para la gestión de residuos Urbanos d,Eivissa i Formentera, el Consell Insular convocó concurso, del que resultó adjudicataria la denominada UTE GIREF, que había sido constituida mediante escritura pública de fecha 16 de mayo de 2.003, por las sociedades Herbusa S.A. Urbaser S.A., Fomento de Construcciones y Contratas S.A. y Cespa Ingeniería Urbana S.A. participando Herbusa S.A. en un 40% del fondo común establecido, siendo su objeto la ejecución del contrato de "La redacción de los proyectos, la construcción, puesta en funcionamiento y la explotación de unas instalaciones de tratamiento integral de residuos municipales y otros contemplados en el Plan Director Sectorial para la gestión de residuos Urbanos de Eivissa i Formentera" siendo nombrado gerente Único D. Crescenciano Huerta Bahillo. En fechas y mediante instrumentos que no constan (que cabe situar en la primera mitad de 2.003), el Consell Insular de Eivissa i Formentera procedió a expropiar los terrenos y las instalaciones emplazadas en el vertedero, propiedad de Herbusa S.A.

OCTAVO.- Paralelamente también al devenir parcial de cuanto se ha expuesto, el Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Ibiza en fecha 5 de diciembre de 1.989 , acordó la incoación de Diligencias Previas (nº 4369/89) en investigación de la posible comisión de un delito contra el medio ambiente, a raíz de la denuncia de la Asociación Ecologista Sial. Dichas Diligencias, fueron sobreesididas por Auto de 13 de diciembre de 1.991. El 14 de agosto de 1.997 , se acordó su reapertura y, entre las diligencias de investigación, la práctica de prueba pericial, a cuyo efecto se designó perito al Biólogo D. Valentín , y pericia consistente en la obtención de muestras a extraer de plurales pozos situados en un radio inferior a 2 Km. del entorno del vertedero Ca Na Putxa. En fecha 23 y 24 de febrero de 2.000, se procedió finalmente a la obtención de muestras procedentes de 10 pozos, denominadas A y B, unas objeto de análisis en un laboratorio particular de Ibiza, y otras en el Instituto Nacional de Toxicología. Del resultado de los análisis, resulta acreditado que exclusivamente las aguas del pozo nº 3 (inmediatamente próximo a los residuos y situado en terrenos del vertedero de la propia Herbusa) se hallan contaminadas, presentando una concentración de amonio de 250 mg/l. No consta acreditado ningún otro resultado químico derivado de los muestreos efectuados en febrero del 2.000, ni de los llevados a cabo en el 2.002, en los días 13/14 de marzo, por una parte, y 31 julio/1 agosto por otra. No consta acreditado la causación de un grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales.

NOVENO.- El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de 12 de junio de 2.003 , declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que el incumbían en virtud de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio relativa a residuos, al no haber adoptado las medidas necesarias para asegurar, en relación a diversos vertederos, uno de ellos el de autos -denominado Sa Roca, en dicha resolución- la aplicación de los arts. 4 y 9 de la citada Directiva .

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Debemos absolver y absolvemos a Victoriano y Victor Manuel de delito contra el medio ambiente de que venían siendo acusados, con declaración de oficio de las costas procesales. Procédase al levantamiento de cuantas medidas cautelares se hubieren adoptado.

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

4.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Motivo único.- Por infracción de ley al no aplicarse el art. 325 inciso último del párrafo primero del Código Penal.

5.- Instruida la representación de las partes recurridas, impugnó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 24 de junio de 2.009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación lo interpone el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que absolvió a los acusados del delito contra el medio ambiente tipificado en el art. 325.1 C.P. que les venía siendo imputado.

El único motivo del recurso se formula por error de derecho del art. 849.1º L.E.Cr. por indebida inaplicación del mencionado precepto penal, alegando la parte recurrente que, contra lo que sostiene el Tribunal sentenciador, el comportamiento de los acusados crearon el resultado típico consistente en la posibilidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

El motivo debe ser desestimado.

En infinidad de ocasiones ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo, y muchísimas veces a impulsos del Ministerio Público cuando impugnaba censuras casacionales como la presente, que la prosperabilidad de un motivo de casación articulado por la vía de infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. exige de manera inexcusable el más absoluto respeto a los Hechos declarados probados, que deben ser acatados en toda su integridad, ámbito y significación. El objeto del recurso, en este caso, se reduce exclusivamente a comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, se aplicaron correctamente a los mismos los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron, o se dejaron de aplicar los que correspondían.

En el supuesto enjuiciado, tras un extenso y meticuloso relato histórico en el que el Tribunal a quo narra las vicisitudes del vertedero municipal de residuos urbanos sólidos gestionado por los acusados, el factum establece que "**no consta acreditado la causación de un grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales**", lo que supone la no concurrencia de uno de los elementos determinantes que configuran el tipo penal imputado.

Este dato fáctico es el resultado de las pruebas practicadas en el juicio oral y de la valoración de las mismas efectuada por el Tribunal de instancia en la motivación fáctica de la sentencia, que fundamenta la conclusión alcanzada por los Magistrados que, además de ponderar los dictámenes por escrito de los diferentes peritos en las materias sometidas al debate procesal, vieron y escucharon las amplias manifestaciones de éstos en el juicio, explicando, ampliando y matizando extensamente sus opiniones de expertos. La argumentación del Tribunal explicando la valoración de estas y otras pruebas no merece la tacha de irracionalidad o arbitrariedad que le achaca el recurrente, pues, sin excluir el peligro de las filtraciones del vertedero para el medio ambiente, carece de base para entender acreditado que ese riesgo tenga la relevancia -gravedad potencial de los efectos- que reclama el art. 325 del C.P. aplicable.

De una parte, atiende a que las conclusiones del informe pericial judicial se hallan asentadas sobre un conjunto de presupuestos, luego procesalmente inasumidos o inasumibles (resultados químicos de muestreos, cuya invalorable ya ha declarado la Sala), lo que ya en principio resta una sustancial y notoria eficacia al parecer experto; sobre ello, -añade- habría de abundar que el perito judicial correlaciona potencialmente el vertedero de autos como foco contaminante de las aguas de otros pozos del entorno (aun cuando no afirme la relación directa), en razón a considerar que los acuíferos de los que se nutren (no más superficial que el otro) se hallan conectados entre sí, y que incluso el vertedero se halla asentado sobre ambos, lo que no es posible concordar a la luz de los informes de los propios peritos del IGME, radicalmente opuestos a tal tesis en razón a la información y cartografía geológica de que disponen en el Ministerio, no coincidente con la usada por el geólogo Sr. Indalecio que auxilió al perito judicial, mas aún cuando los niveles piezométricos del acuífero más superficial son más altos que el acuífero inferior, entre 25 y 55 metros sobre el nivel del mar.

De otra parte, expone el Tribunal que la prueba tan solo ha posibilitado advenir la existencia de un único contaminante del acuífero, el amonio, que es indicativo de la presencia de otros compuestos orgánicos en fase de degradación anaerobia, cuya toxicidad se debe a su capacidad para acidificar el medio acuoso.

Acude a su vez la Sala al dato objetivo ya mencionado de que, con independencia de ser muestreados una pluralidad de pozos próximos al vertedero, tan sólo el denominado pozo 3 -el que existe en el vertedero mismo- es el que evidencia una contaminación directamente correlacionable con los residuos sólidos allí depositados (no así los restantes, cuya contaminación también en amonio es atribuible a otras causas, v.gr. riegos con aguas depuradas del inmediato club de golf) lo que es expresivo de la puntual localización y ubicación espacial del contaminante, debajo inmediatamente del vertedero mismo.

Finalmente, y de manera sustancial, porque habría de ser prácticamente insignificante el volumen de lixiviados en tanto foco contaminante de las aguas subterráneas del acuífero. Así se expresaron los peritos Sres. Carlos Miguel y Belarmino, atendidos los propios datos consignados en el informe pericial del perito judicial y de los peritos del I.G.M.E.

En efecto, los peritos citados informaron que, con carácter general, la situación de riesgo para las aguas subterráneas, propiciada por los vertederos, viene definida por cuatro elementos: la mayor o menor pluviometría; la mayor o menor permeabilidad del terreno; la mayor o menor altura de los vertederos en relación a los niveles de las aguas subterráneas; y la existencia o no de captaciones de aguas en el sentido del flujo natural de las mismas.

Ya en concreto, en relación al vertedero de autos, indicaron que era "baja" la pluviometría media anual (400 mm l/m²) -punto en el que coinciden con el perito judicial- por lo que, necesariamente, tenía que ser baja la producción de lixiviado, al hallarse íntimamente asociados ambos fenómenos; los terrenos subyacentes, geológicamente ofrecen una "baja" permeabilidad -punto en el que coinciden todos los peritos-; la altura de cota es del orden de 80 metros, que, en vertical, debe atravesar el lixiviado hasta alcanzar el acuífero, según indicaron los peritos del IGME (espesor de Zona No Saturada); y finalmente, no hay constancia de la existencia de pozos que se nutran o capten aguas del acuífero concreto, en su flujo natural, que es en sentido SE (hacia el mar) tomando en consideración la propia morfología de los barrancos próximos y el lecho natural del propio vertedero, que indican que el eje principal de fracturación del macizo es hacia el mar, no hacia el norte como concluyó el perito judicial, y punto en el que vienen a coincidir con los peritos del IGME, pues esa es la dirección de las estructuras geológicas; todo ello en punto a considerar que la piezometría de los pozos muestreados (folio 1043) por el perito judicial es inconsistente e incompleta, en tanto la cota absoluta de todos ellos para efectuar un análisis comparativo, lejos de ser similar, presenta graves divergencias, y además mezcla e interrelaciona acuíferos distintos.

Teniendo en consideración todas las características hidrológicas de la zona, y el volumen total de reservas del acuífero, que estimaron en aprox. 1.800.000 m³, estimaron los peritos que a lo sumo y en un cálculo muy conservador, el volumen de entrada de lixiviado representaría el 0,006% del total volumen del acuífero, y calculado a razón de 0,3 l/s en la vertical del vertedero, que drenarían subterráneamente hacia el mar, cantidad (índice de dilución) a su parecer muy pequeña e insignificante.

Tal conclusión experta, ciertamente no abona a considerar "grave" el peligro para el recurso natural de constante referencia, mas aún cuando los cálculos efectuados por los peritos citados se han efectuado sin contemplación a la recogida propia de lixiviados en la base del talud, a cargo de Herbusa S.A.

Queda a su vez descartado el riesgo de "grave" peligro o perjuicio para la salud de las personas, y el de deterioro irreversible que habrían de operar adicionalmente, mas aún cuando, de una parte, ninguna prueba se ha practicado tendente a acreditar que las aguas del acuífero, en sí mismas consideradas, fuesen potencialmente aptas para el futuro consumo humano; y, de otra, porque, desde la interpretación efectuada en STS de 19 enero de 2.002 ("debe entenderse que existirá deterioro irreversible cuando el daño en el medio ambiente que puedan ocasionar las emisiones o vertidos contaminantes alcance tal profundidad que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza, haciéndose necesaria una intervención activa del hombre") llano habría de resultar que el perito judicial, al informar sobre la contaminación orgánica en general, indirectamente vino a confirmar, precisamente, la reversibilidad de la misma, al indicar que tanto el amonio como la D.Q.O se autodegradan.

SEGUNDO.- Aunque la parte recurrente no lo menciona, la sentencia impugnada no ha estimado tampoco la concurrencia del elemento subjetivo del delito imputado, que es un tipo penal doloso, a diferencia del tipificado en el art. 331 que sanciona las mismas conductas cuando se cometan por imprudencia grave, debiéndose anticipar desde ya mismo, la imposibilidad legal del Tribunal sentenciador para condenar por el

delito imprudente que no fue el imputado ni siquiera de manera alternativa o subsidiaria, pues, al margen de que no se hizo uso de la tesis que regula el art. 733 L.E.Cr., se trata de tipos penales heterogéneos precisamente por la diferencia del elemento subjetivo necesario en cada uno de ellos, habiendo establecido esta Sala que se vulnera el principio acusatorio cuando se acusa por un delito doloso y se condena por delito culposo (véanse S.S.T.S. de 3 de noviembre de 1.994, 23 de octubre de 1.995, 29 de enero de 1.997 y 12 de abril de 1.999, entre muchas).

El razonamiento del Tribunal para excluir el dolo en la actuación de los acusados, resulta inobjetable. En efecto, la sentencia invoca la doctrina de este T.S. sobre el elemento subjetivo requerido en el art. 325 C.P., citando la STS de 30 de mayo de 2.007 en la que declarábamos que este tipo requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo, deberá resultar de una prueba directa o ser inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afirmar la comisión dolosa del vertido.

Partiendo de esta base, el Tribunal a quo fundamenta su juicio de inferencia argumentando con método y rigor encomiables que la consciencia del eventual riesgo generado por el depósito de residuos, derivado de la existencia o producción misma de lixiviados, la obtienen los acusados a partir de la constatación de humedades en el talud frontal del vertedero en la segunda mitad de los años 90; así lo sostuvo claramente el acusado y Director del Vertedero Victor Manuel, y el Ingeniero Agrícola y técnico de Herbusa S.A. D. Carlos Francisco, quien comenzó a prestar servicios por cuenta de ésta en 1.996: entonces (dijo en el plenario), no había lixiviados visibles.

Y, frente a tales manifestaciones, absolutamente ningún indicio en contra se alza: vg. ni denuncias (al margen de quejas por malos olores, tráfico considerable de camiones, o ruidos nocturnos que molestaban a los vecinos inmediatos de Roca Llisa) o resultados de inspecciones administrativas; es más, en el informe preliminar efectuado por el perito judicial, consta que, efectuado un recorrido a pie por el cauce del torrente, desde su desembocadura en Cala Espart hasta el pie del talud del vertedero, el cauce del torrente no evidenciaba muestras de arrastre de aguas sucias a través del cauce, como tampoco se encontraron restos de basura que pudieran haber sido arrastrados aguas abajo del vertedero. Ello es expresión de la imperceptibilidad del riesgo, y muy posible y fundadamente derivado de la escasísima producción de lixiviado, atendida la prácticamente nula pluviometría (400 mm) y la muy elevada evapotranspiración (900 mm) en el lugar de autos.

Por otra parte, les era imposible a los acusados adivinar que los lixiviados se pudieran incorporar al subsuelo y al flujo local del agua subterránea, dado el dictamen de total impermeabilidad del terreno, emitido por el Instituto Geológico Minero de España en 1.982 y reiterado en 1992 (y dictamen que les era conocido desde que se comenzó a gestar el Plan Sectorial que se aprobó en 1.994, y precisamente porque éste ya contemplaba como solución a los residuos sólidos de la isla de Ibiza, la existencia de un único vertedero controlado de alta densidad, ubicado precisamente en el vertedero de autos); como tampoco les era posible sospechar la eventual incidencia en la fracturación del terreno debida a las explosiones efectuadas en canteras próximas.

Son pues conscientes los acusados del eventual riesgo generado por el depósito de residuos, a partir de unas fechas que cabe situar en torno al año 1.997 y punto en el que cabe situar, procesalmente, el nacimiento del elemento intelectual.

Y, a partir de entonces, subrayan los jueces de instancia, su reacción es inmediata.

Encargan los proyectos técnicos para la recogida de lixiviados en la base del talud, y un sistema de drenaje superficial para recogida de aguas pluviales, al margen del sistema de desgasificación, con objeto de reducir la entrada de agua a la masa de residuos, únicos y básicos medios técnicos útiles para evitar o reducir la infiltración de lixiviados, por ser técnica, material y económicamente imposible, e incluso peligrosa, la remoción o retirada de la cuantiosa masa de residuos para realizar algún tratamiento de impermeabilización en la base del vertedero, tal como concluyen todos los peritos que al efecto han depuesto. Y esos proyectos, obran ya ejecutados cuando menos en septiembre de 1.998, según se desprende del informe del perito judicial al visitar las instalaciones.

Ambos sistemas (recogida de lixiviados, y recogida de aguas de escorrentía) están previstos como requisitos técnicos mínimos para la adecuación del vertedero en el Anexo III del Decreto 46/2001 de 30 de marzo, que aprobó definitivamente el Plan Director Sectorial para la Gestión de los Residuos Urbanos de Ibiza y Formentera, al margen de otros como el aislamiento superficial de la masa de residuos existente, implantación de barreras geológicas de impermeabilización, desgasificación, etc., etc. a ejecutar por fases y

en contemplación a las futuras necesidades de la isla, ocasionalmente evaluadas para los próximos 50 años (vg. Canal perimétrico de evacuación de aguas pluviales).

Otra cosa distinta es que los medios puestos a contribución para evitar cualquier peligro de infiltración de lixiviados -una vez conocido éste, y en función ya de la carga de residuos existente tras varias décadas- fuera al 100% eficaz. Empero ello era materialmente imposible, en razón a una ya imposible impermeabilización del vaso del vertedero, al modo previsto en la entonces futura Directiva 1999/31 de 26 de abril, e incorporada al derecho interno mediante Real Decreto 1481/2001 de 27 de diciembre, y normativa que, en relación a los vertederos ya existentes, imponía a las entidades explotadoras la elaboración de un plan de acondicionamiento, en los términos previstos en el art. 15.1 .a), debiendo adoptar las autoridades competentes la decisión definitiva sobre la posibilidad de continuar las operaciones, o, en su caso, las medidas necesarias para el cierre de las instalaciones, todo ello, dentro de los plurales plazos marcados en el ya referido Real Decreto.

El Plan Director Sectorial, aprobado por Decreto de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de 30 de marzo de 2.001, se anticipó a las directrices y normativa impuestas por la Directiva 1999 y R.D. 1481/2001, no resultando ocioso remarcar ahora que su Disposición Transitoria Tercera, punto 4, establecía lo siguiente "Hasta que no se adecúe el vertedero d'Eivissa de Ca Na Putxa, se continuará con el vertido en las condiciones actuales".

De ello se deriva que el órgano competencial en materia de residuos, de conformidad a lo establecido en la Ley 10/1998, de 21 de abril, art. 4.2 ("Corresponderá a las Comunidades Autónomas la elaboración de los planes autonómicos de residuos y la autorización, vigilancia, inspección y sanción de las actividades de producción y gestión de residuos") vino a autorizar y/o legitimar -tácita o indirectamente- la actividad que estaba llevando a cabo Herbusa S.A. en el vertedero de autos y en razón (pues sólo así se comprende) a los correctivos propiamente adoptados por Herbusa S.A., que se ajustaban a directrices de la Directiva de constante referencia, minimizando así el riesgo medioambiental, todo lo cual le era ampliamente conocido en sus cabales términos, por los estudios que, precisamente sobre tal actividad, contemplaba la memoria del Plan Director Sectorial, al margen de visitar cursadas por técnicos del Govern Balear.

En efecto, así lo confirma D. Romulo, Director del equipo redactor del proyecto del Plan de constante referencia, quien en la memoria explicativa del proyecto, y luego de analizar la gestión llevada a cabo por Herbusa S.A. en el vertedero, y en relación a la operatividad de la instalación, informa que "la gestión del vertedero se lleva a cabo según las prácticas habituales de vertido controlado de RU, controlando la entrada y naturaleza de los residuos admitidos, extendiendo y compactando adecuadamente los residuos ... deteniéndose después en el tratamiento de los lixiviados y su recogida, en el tratamiento del biogás, etc.

Por su parte, D. Pedro Miguel, químico, que fue Jefe del Servicio de Residuos y **Suelos contaminados** en el período 1995-2000, y que ya como Conseller D. Industria visitó el vertedero en 1.992 cuando se elaboraba el Plan Director de 1.994, manifestó en el plenario que la actividad desarrollada en el vertedero era la actividad normal de cualquier vertedero, evolucionando a lo largo de los años en medios y gestión para adecuarse a la Directiva de 1999, pese a no haberse desarrollado internamente, funcionando de facto como un servicio público insularizado; que las mejoras introducidas por Herbusa S.A., fueron inferiores a las actuales (algo obvio) citando como ejemplo el que la red de recogida de aguas pluviales es más extensa (en lógico corolario a una previsión efetuada para dentro de 50 años) y que hoy se ha impermeabilizado superficialmente; que jamás se efectuó requerimiento alguno a Herbusa, y que la colaboración de la entidad fue total, teniendo constancia su Departamento del riesgo de contaminación en el año 1.998, cuando empiezan a recibirse informes particulares, pues los que se disponían en el Plan de 1994 (del IGME) eran de que el terreno era impermeable. En parecidos términos se manifestó D. Pascual, Director General de residuos en el Govern 1999-2003, y quien durante la legislatura dicha, visitó en diversas ocasiones el vertedero; al igual que el anterior testigo citado, ambos explicaron que la opción por un único vertedero insular en la isla de Ibiza, y en concreto el de autos, ya databa del Plan de 1.994, entre otras consideraciones, porque el Instituto Geológico Minero de España había dictaminado acerca de la total impermeabilidad de los terrenos subyacentes. Que esa opción, vino a reafirmarse en el Plan del 2001, pese a conocerse por informes distintos del IGME la permeabilidad del subsuelo, y tras valorarse una multiplicidad de factores, positivos y negativos, convergentes (carácter eminentemente turístico de la isla, dificultades técnicas para localizar un nuevo emplazamiento viable, rechazo social, proximidad de viviendas, buena comunicación viaria, degradación de un nuevo entorno, capacidad del vertedero de autos para albergar los residuos previstos hasta el año 2025, et., etc.). Y agregó que en el año 2.001, el vertedero de Ca Na Pucha no estaba cumplidamente adaptado a la última normativa, como tampoco

ninguno de los vertederos de Mallorca; quizás una obviedad, a poco de caerse en la cuenta de la fecha del R.D. 1481/2001, y los plazos de adaptación establecidos para vertederos ya existentes.

TERCERO.- Como se ha dejado dicho, ninguna alegación formula el recurrente para combatir el juicio de inferencia sobre la ausencia de dolo -directo o eventual- en el quehacer de los acusados que predica la sentencia.

Por el contrario, el alegato de la parte recurrida al interpretar este apartado de la sentencia, debe ser asumido y respaldado, pues, ciertamente, mientras se pensó que el sustrato del vertedero era impermeable el riesgo era simplemente imperceptible, no sólo por esa creencia en la impermeabilidad, sino además porque el lixiviado no era visible. No hubo, por otra parte, ninguna denuncia ni ninguna inspección administrativa que pudiera hacer pensar que hubiera riesgo alguno. Por tanto, la situación era de "imperceptibilidad del riesgo", pues, además de que los lixiviados no eran visibles, "era imposible adivinar que los lixiviados se pudieran incorporar al subsuelo y al flujo local del agua subterránea, dado el dictamen de total impermeabilidad del terreno".

Por otra parte, los sistemas de recogida de lixiviados y recogida de aguas de escorrentía instalados están recogidos como nuevas exigencias legales tanto en el Real Decreto 1481/2001 que transpone la Directiva de Vertederos como en el Decreto Balear 46/2001 que aprueba el Plan Director.

Por tanto, la sentencia deja claro que los acusados reaccionaron inmediatamente tan pronto como tuvieron conocimiento de la posible existencia de un riesgo (aunque eran meros indicios entonces), llevando a cabo la instalación de una serie de sistemas correctores (red de recogida de lixiviados, de drenaje, etc.) que en esas fechas ni siquiera se exigían en la legislación de vertederos.

Cabe preguntarse entonces, porqué pese a estas medidas adoptadas y esta inmediata y rápida reacción se apreció en las muestras tomadas en febrero de 2.000 la existencia de una posible contaminación. Por una razón sencilla que la sentencia explica en las mismas páginas: porque era imposible proceder a impermeabilizar el sustrato del vertedero, ya que esto habría hecho necesario retirar toda la masa de residuos, lo que era técnicamente inviable y además peligroso. Por esa razón, al no poder impermeabilizarse ya el sustrato, los lixiviados podían filtrarse, lo que era imposible de evitar.

Lo que sí se podía hacer era minimizar en lo posible la producción de lixiviados, para lo que se adoptaron las medidas que detalla la sentencia. Y estas medidas fueron eficaces, como lo evidencia el hecho de que el lixiviado fuera "insignificante", algo que, como hemos visto, la sentencia reitera en varias ocasiones y el recurso ignora por completo.

A la vista de estos hechos, sólo cabe concluir que no sólo no hubo actuación dolosa de ninguna clase, sino que la actuación de nuestros defendidos fue de una diligencia ejemplar. Pese a lo cual han tenido que sufrir el calvario de varios años de imputación y, tras la sentencia absolutoria, el recurso que ahora impugnamos.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, de fecha 9 de junio de 2.008 en causa seguida contra los acusados Víctor Manuel, Victoriano y contra Herbusa S.A. como Responsable Civil Subsidiario, que fueron absueltos de un delito contra el medio ambiente. Se declaran de oficio las costas procesales. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarda Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

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