

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) Sentencia num. 92/2022 de 7 febrero

JUR\2022\73140



*Delito de daños cualificado por incendio.

ECLI:ECLI:ES:TS:2022:459

Jurisdicción:Penal

Recurso de Casación 1593/2020

Ponente:Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 92/2022

Fecha de sentencia: 07/02/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1593/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

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

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1593/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 92/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 7 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma interpuesto por Tomás , representado por la procuradora D.^a Aránzazu Rodríguez Pérez y defendido por el letrado D. Jaime Uña-Llorens Uña-Orostivar contra la sentencia n.º 768/2019 de 26 de noviembre, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, rollo de apelación n.º 239/2019, frente a la sentencia n.º 107/2019 del Juzgado de lo Penal n.º 19 de Barcelona dictada el 14 de marzo de 2019, por delito de daños cualificado por incendio. Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El Juzgado de Instrucción n.º 19 de Barcelona, tramitó procedimiento abreviado n.º 271/17 por delito de daños cualificado por incendio contra Tomás siendo acusación pública el Ministerio Fiscal.

Con fecha 14 de marzo de 2019 se dictó sentencia n.º 107/2019 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Resulta probado y así expresamente se declara que el acusado D. Tomás, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, sobre la 03.10 horas del día 8 de diciembre de 2016 en la calle Can Bruixes de Barcelona, con la intención de causar un quebranto a la propiedad ajena, abrió la tapa de un contenedor de papel y utilizando un mechero le prendió fuego. A continuación se aproximó a un contenedor de papel e hizo lo propio con el mismo mechero. Estos dos contenedores quedaron calcinados en pocos minutos. El acusado se dirigía a un tercer contenedor, próximo a aquellos, cuando fue retenido por dos controladores de accesos a un local de ocio cercano que observaron los hechos y dieron aviso a la Policía.

En el momento de la detención, le fue ocupado el mechero utilizado en la comisión de los hechos.

Los dos contenedores son de propiedad de la empresa "CESPA SA", y han sido tasados pericialmente en la cantidad de 587 euros cada uno de ellos (1.174 euros), reclamando su valor por el legal representante "

En dicha sentencia se dictó el FALLO siguiente:

"Que debo condenar como condeno a Tomás, con el n.º de DNI NUM000, como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de daños cualificados por incendio (art. 266.1.º en relación al [artículo 263 CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#)), ya calificado sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal alguna, a la pena de 2 años y 1 día de prisión con la inhabilitación especial para el derechos de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales causadas y a que indemnice a la mercantil perjudicada y propietaria de los contenedores, CESPA, S.A. en la suma de 1.174€. [...]".

SEGUNDO.-

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la defensa de Tomás y por el Ministerio Fiscal, dictándose sentencia por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, rollo penal 239/2019, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación presentado por la Procuradora Dña. María Teresa Buitrago Hijano, en nombre y representación del acusado D. Tomás y ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada el 14 de marzo de 2019 por el Juzgado

de lo Penal n.º 19 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado n.º 271/2017-D, consecuentemente REVOCAMOS en parte dicha resolución en el sentido de condenar al acusado D. Tomás como autor responsable de un delito de daños sobre bienes de uso público o comunal cometido mediante incendio, a la pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 12 meses con una cuota diaria de 4 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del [art. 53 del Código Penal \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) , manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia condenatoria no afectados por la presente resolución y declaramos las costas de esta apelación de oficio. [...]."

TERCERO.-

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Tomás , 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.

CUARTO.-

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Tomás, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVO DE CASACIÓN:

MOTIVO PRIMERO DE CASACIÓN

1.- Por vulneración del [art. 849.1](#) de la [LECRIM \(LEG 1882, 16\)](#) , en relación con los [arts. 266](#) , [263.2.4](#) del [CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) y del [art.790.2](#) de la LECRIM, por agravación de la pena por la Audiencia Provincial al valorar indebidamente la prueba

2.- Por vulneración del [art. 849.1](#) de la LECRIM, en relación con los [arts. 339](#) , [344](#) y [345](#) del [CC \(LEG 1889, 27\)](#) , art. 4 y 7 de la Ley de las Administraciones públicas, art. 2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones legales. La vulneración de los preceptos supone la vulneración del principio de tipicidad penal

3.-Por vulneración del [art. 849.1](#) de la LECRIM, en relación con el [art. 20.2](#) y [21.1](#) del CP. No aplicación de la eximente completa o al menos atenuante por eximente incompleta.

4. Por vulneración del [art. 849.1](#) de la LECRIM, en relación con el [art. 66](#) del CP. Pena excesiva dados los daños causados y las circunstancias del hecho.

MOTIVO SEGUNDO DE CASACIÓN Por vulneración del [art. 849.2](#) de la LECRIM. Error en la valoración de la prueba respecto a la no aplicación de la eximente del [art. 20.2](#) del CP.

MOTIVO TERCERO DE CASACIÓN Por vulneración del [art. 851.1](#) de la LECRIM. Los hechos probados predeterminan que no sea de aplicación el tipo agravado del delito de incendio sobre bienes de dominio público del [art. 262 .2.4](#) del CP

MOTIVO CUARTO DE CASACIÓN Por vulneración del [art. 852](#) de la LECRIM, en relación con el [art. 24](#) de la [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) .

QUINTO.-

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.-

De conformidad con el [art. 197](#) de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) se convoca al Pleno Jurisdiccional de esta Sala para deliberación y fallo del presente recurso para el día 3 de febrero del presente año.

SÉPTIMO.-

Por providencia de 21 de diciembre de 2021 pasa al Ministerio Fiscal para informe sobre el contenido del recurso y, evacuando el traslado conferido emitió dictamen con fecha 30 de diciembre de 2021, solicitando la desestimación del motivo. Seguidamente, se dio traslado a la parte recurrente que ratificó su escrito de formalización.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.-

La sentencia objeto de la presente casación es la dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona en apelación de la dictada por el Juzgado de lo Penal. Por lo tanto, el recurso de casación debe sujetarse a la previsión normativa de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) para la recurribilidad de estas resoluciones, art. 847.1.b), es decir, únicamente por infracción de ley del art. 849.1 de la ley procesal penal, error de derecho, concurriendo un interés casacional.

La sentencia condena al recurrente por un delito de daños, mediante incendio, agravado por su realización sobre bienes de dominio o de uso público o comunal, [art. 263.2.4 CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) , agravación que declaró concurrente la sentencia de apelación a instancias de un recurso del Ministerio Fiscal que así lo interesó frente a la condena por el tipo básico de daños.

En aplicación del art. 847.1.b) de la ley procesal, anteriormente señalado, deben ser desestimados, en su día debieron ser inadmitidos, los motivos opuestos bajo los ordinales segundo, tercero y cuarto del escrito de formalización, respectivamente amparados, el segundo, en el número 2 del art. 849 de la ley procesal, error de hecho en la valoración de la prueba; el tercero, en el art. 851.1 de la ley procesal, quebrantamiento de forma por predeterminación del fallo; y el cuarto, formalizado por vulneración de derechos fundamentales del art. 852 de la ley procesal, con invocación del derecho a la presunción de inocencia y la queja por la agravación de la condena impuesta en la sentencia de apelación al aplicar, con vulneración de los principios de inmediación y de defensa, una agravación en el delito de incendio. Como quiera que este motivo es reiteración del formalizado en el primer motivo del

recurso, por error de derecho, daremos respuesta a esta pretensión al analizar el motivo opuesto por error de derecho, única vía de impugnación prevista para estas sentencias. Estos motivos, segundo tercero y cuarto, exceden del ámbito del recurso de casación para estas sentencias.

El motivo primero es formalizado al amparo del art. 849.1 de la ley procesal. Aparece, a su vez, subdividido en cuatro submotivos. De ellos, el tercero y el cuarto, deben ser, también desestimados, pues, pese a la invocación del error de derecho, en su desarrollo argumental se parte del error en la valoración de la prueba. Así, en el tercer submotivo, denuncia la inaplicación de la exigente completa del [art. 20.2](#) CP. O, al menos, la atenuante del [art. 21.1](#) CP, con un desarrollo argumental que refiere lo que dijo un testigo, argumento que es ajeno a la única vía de acceso a esta casación que puede ser empleada, el error de derecho. En el cuarto submotivo la queja se refiere a lo que considera "excesivo rigor con arreglo al [art. 66](#) del Código Penal", instando una reducción de la pena en atención a la escasa entidad del daño causado 1.174 euros. Esta impugnación, igualmente, es ajena al cauce habilitado para la casación contra sentencias dictadas en apelación de la dictada por el juzgado de lo penal.

En consecuencia, el recurso debió ser admitido únicamente para el análisis de los motivos 1 y 2 del motivo primero, error de derecho por la indebida aplicación al hecho probado del tipo agravado del delito de daños por incendio, cuestionando la aplicación de la agravación del delito y concretamente, la naturaleza pública o comunal del bien incendiado. Los demás motivos debieron ser inadmitidos y, ahora, se desestiman.

El interés casacional lo arguye el Ministerio Fiscal que expresa la existencia de pronunciamientos contradictorios en Audiencias Provinciales en la interpretación del presupuesto fáctico de la agravación por la afectación de los daños a bienes de dominio o uso público.

PRIMERO.-

La sentencia objeto de la presente casación es la dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que confirma la dictada por el Juzgado de lo Penal, en lo referente a la tipificación de los hechos en el delito de incendio, y, estimando el recurso planteado por el Ministerio Fiscal, aplica el tipo agravado previsto en el [art. 263.2.4](#) del [Código Penal \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) , por la naturaleza pública o comunal de los bienes sobre los que se realiza la acción de incendiar.

La impugnación se plantea desde un doble argumento. En primer lugar, sostiene el recurrente que el tribunal de la apelación se ha excedido en su función al declarar la subsunción en el tipo agravado, por la naturaleza pública o comunal del bien sobre el que se realiza la acción típica, para lo que realiza una revaloración de la prueba, algo que excede de su función revisora. Expone que la sentencia de la primera instancia, al valorar la prueba dice, fundamento primero, "en nuestro caso apuntamos que no se ha practicado prueba sobre la titularidad de nuestro

contenedor". Sin embargo, el tribunal de la apelación, partiendo de la consideración del bien como de propiedad privada de la empresa concesionaria, hecho admitido, afirma la condición de bien de uso público o comunal por la afectación a un servicio público, como lo es la recogida de residuos urbanos que es competencia de la administración local, la cual puede desarrollarla por sí o por la vía de la concesión administrativa, como es el supuesto de esta casación en el que el contenedor era propiedad de la empresa concesionaria de la recogida de residuos, siendo suficiente para la aplicación del tipo agravado la consideración de la afectación a un servicio público.

En concreto, el Juzgado de lo Penal, afirma la titularidad privada de los contenedores y que "es un hecho notorio que dicha empresa es la encargada de la limpieza viaria y recogida de residuos en el Ayuntamiento de Barcelona en régimen de concesión administrativa", negando, no obstante, la cualificación de los bienes, como de dominio o uso público o comunal, al entender que es un concepto normativo y no hay disposición legal que disponga el carácter público del contenedor y no se ha "acreditado un acto normativo de afectación que le atribuya tal carácter", y esa atribución supondría una interpretación extensiva contra reo. La Audiencia, por el contrario, estima el recurso de la acusación pública y revoca la sentencia al considerar que el tipo agravado hace referencia a "bienes de dominio o uso público o comunal", señalando una alternativa, dominio o uso, que permite, desde una interpretación lógica, considerar que un contenedor afectado a la prestación de un servicio público, aunque no sea un bien de dominio público, es un bien de uso público o comunal, como lo entiende la generalidad de la ciudadanía, por la afectación a la prestación de un servicio público, como es la recogida de residuos urbanos, competencia de los entes locales que lo gestionan por sí o por el sistema de concesión administrativa.

Desarrolla un segundo argumento, propiamente por error de derecho, en el que destaca que la condición de bien público o comunal, es un elemento normativo cuyo contenido lo proporciona el [Código civil \(LEG 1889, 27\)](#) , [arts. 338](#) y [344](#) , la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, art. 4, 5 y 7 y el [Reglamento de bienes de las entidades locales \(RCL 1986, 2217\)](#) , [art. 2.3](#) , de los que no resulta "que el bien del que hablamos entre dentro de los bienes de titularidad pública o de uso público". A juicio del recurrente, la interpretación realizada por el tribunal en la sentencia de la apelación, además de extravasar su fusión, revalorando la prueba, vulnera el principio de legalidad al realizar una interpretación analógica en perjuicio del reo de forma extensiva, contraria a las exigencias derivadas del principio de legalidad.

SEGUNDO.-

Analizamos, en primer término, el cuestionamiento que el recurrente realiza sobre las posibilidades de revisión, agravando la responsabilidad penal, que ha realizado el tribunal encargado de la apelación. Este órgano jurisdiccional se plantea la cuestión y afirma la posibilidad de revisión desde el respeto al hecho declarado

probado y sin realizar una revaloración de la prueba practicada en el juicio, por carecer de la precisa intermediación y no poder realizarla en ausencia del acusado. De acuerdo a una reiterada jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de derechos humanos, por todas [SSTS 892/2016, de 25 de noviembre \(RJ 2016, 5669\)](#) , [421/2016, de 18 de mayo \(RJ 2016, 2253\)](#) , y las que se citan, la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias, o parcialmente absolutorias cuando no se aplica un tipo agravado objeto de acusación, cuando el tribunal encargado de la revisión actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Concretamente, "...El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios) o 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández) aprecia vulneración del [Art. 6 1º](#) del [CEDH \(RCL 1999, 1190, 1572\)](#) cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considera, "a contrario sensu", que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia, (Ver SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España , § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38 ; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España , § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España , § 31; y STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García C. España).

En la [Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 88/2013, de 11 de abril de 2013 \(RTC 2013, 88\)](#) , se establece que "se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, [SSTC 143/2005, de 6 de junio \(RTC 2005, 143\)](#) o [2/2013, de 14 de enero \(RTC 2013, 2\)](#))", insistiendo en que "si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, [SSTC 45/2011, de 11 de abril \(RTC 2011, 45\)](#) y [153/2011, de 17 de octubre \(RTC 2011, 153\)](#))". Es decir, cuando el tribunal de la revisión se limita a corregir errores de subsunción para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal,

sin alterar ningún presupuesto fáctico.

En el supuesto de esta casación el tribunal que conoció de la apelación obvia el aspecto referido a la titularidad del bien, y da por supuesto que el contenedor objeto de la acción es de propiedad privada, concretamente, de la empresa concesionaria de la prestación del servicio público de recogida de residuos, extremo que es el declarado probado por la sentencia de la primera instancia. y del que parte la apelación. Además, ambas resoluciones son contestes en que la recogida de residuos urbanos es una competencia de los ayuntamientos y que en el supuesto se presta en régimen de concesión por la empresa propietaria del contenedor. Al abordar la subsunción declara la concurrencia de la agravación por la afectación del bien objeto del incendio a un servicio público, y así lo declara desde el respeto al hecho declarado probado y sin realizar una revaloración de la prueba.

El tribunal encargado de la revisión ha realizado una corrección de la subsunción desde el hecho probado, y así lo declara en la fundamentación de la sentencia. Sin realizar una revaloración de la prueba, efectúa una subsunción del hecho declarado probado. La cuestión es jurídica, y consiste en calificar el objeto sobre el que se desarrolla la acción, el incendio de tres contenedores dedicados a la recuperación de residuos urbanos de acuerdo a la normativa que establece la competencia de los Ayuntamientos en la materia, si de bienes de uso o de dominio público o comunal, o privados de la empresa concesionaria. La subsunción realizada en la sentencia dictada en apelación, objeto del presente recurso, no ha requerido revalorar la prueba sino aplicar la norma al hecho declarado probado.

Consecuentemente, este primer apartado de la queja del recurrente se desestima.

TERCERO.-

En el primer motivo, como segundo argumento, cuestiona la aplicación del tipo agravado: "que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal", porque no concurren en la conceptualización de esos bienes los preceptos del [Código civil \(LEG 1889, 27\)](#) , [arts 338](#) y [344](#) , y los de la Ley de Patrimonio de Las Administraciones Públicas y el Reglamento de bienes de las corporaciones locales, lo que implica la vulneración del principio de legalidad.

El recurrente transcribe en parte la sentencia del juzgado de lo penal que concluyó con la inaplicación del tipo agravado argumentando que no existe en el ordenamiento jurídico un precepto que permitiera afirmar la condición de bien público o comunal o de utilización pública o comunal del contenedor objeto del ataque que se declara probado.

El motivo se desestima. La vía impugnativa que se emplea en la impugnación debe partir del hecho probado y este declara que el acusado con un mechero procedió a quemar el material alojado en el interior de un contenedor destinado a la recogida de papel. Refiere que abrió la tapa de un contenedor de papel y utilizando un mechero le prendió fuego". Esa conducta la realizó con otro contenedor y al ir a realizar la misma conducta en un tercer contenedor fue detenido por unos vigilantes

de seguridad que llamaron a la policía. El relato fáctico declara que los contenedores objeto del incendio, eran de titularidad de la empresa y argumenta que es un hecho notorio que ésta era concesionaria en la prestación de un servicio público esencial que la ley ([art. 86.2](#) de la [ley 7/1985, de 2 de abril \(RCL 1985, 799, 1372\)](#) , ley de Bases de Régimen Local) reserva a las entidades locales, las cuales podrán desarrollar por sí mismas o a través de concesiones administrativas.

El fundamento de la agravación, dijimos en la [STS 983/2016, de 11 de enero de 2017 \(RJ 2017, 4\)](#) , se halla en el menoscabo de la utilidad pública prestada por los locales o en los perjuicios que ocasiona en el funcionamiento del servicio público a que los bienes se encuentran afectos. Sobre este punto nuestro Código acoge la idea de que el bien dañado esté afecto a un servicio público, destacando que la afectación o vinculación a dicho servicio lo es sin exigencia añadida de que tal destino o aplicación lo sea en función a su especial naturaleza o por haber sido objeto de algún tipo de acondicionamiento.

En el caso de la casación **no se discute la titularidad privada de los contenedores.** Los bienes no son de dominio público y tampoco aparecen expresamente afectados al dominio público a través de un acto administrativo que así lo exprese. De conformidad con la legislación específica, Ley de Bases del Régimen Local, arts. 79 y siguientes, y la [ley 33/2003 \(RCL 2003, 2594\)](#) del Patrimonio de las Administraciones públicas, **los contenedores ni son de dominio público ni aparecen afectados a la administración pública.** Sin embargo, el presupuesto típico de la agravación no solo es el dominio público, también el uso público o comunal del bien sobre el que recae la acción.

La [Ley 22/2011, de 28 de julio \(RCL 2011, 1487\)](#) , de Residuos y Suelos Contaminados establece como competencia municipal la recogida, el transporte y la gestión de residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios. Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda, dispone la obligación a los Ayuntamientos para que aprueben ordenanzas antes del 31 de julio de 2013, en las que deben regular la gestión de este servicio en función de las características del mismo en cada municipio y de lo previsto en la Ley. Por último, el art. 12 prevé que la prestación del servicio de gestión pueda ser realizada directamente o mediante cualquier otra forma de gestión prevista en la legislación sobre régimen local. Estas actividades podrán llevarse a cabo por cada entidad local de forma independiente o mediante asociación de varias Entidades Locales. Consecuentemente, **el ordenamiento jurídico señala el carácter público de la gestión de residuos, que podrá prestarse directa, o indirectamente a partir del régimen de concesión administrativa, de manera que la prestación de ese servicio es competencia de la administración local,** siendo indiferente que lo haga por sí o a través de una empresa concesionaria. Se trata de una modalidad de gestión de un servicio público esencial cuya prestación es competencia del Estado, concretamente, de la administración local.

El legislador penal al señalar la agravación no la refiere exclusivamente a la

titularidad pública, por título dominical o por afectación, de un concreto bien, sino que lo referencia, como alternativa al dominio, al uso público o comunal. Esa alternativa permite ampliar la protección a los bienes que son destinados al cumplimiento de las competencias públicas, siendo indiferente que ese desarrollo de una competencia esencial la realice la Entidad Local o una empresa concesionaria, pues se trata de una opción de gestión de una competencia pública. Lo relevante es el destino del bien, el uso público o comunal, sobre el que recae la acción dirigida por la causación de daños. La elección del contenedor no es casual, sino elegida para perjudicar el servicio público que desarrolla.

La previsión normativa es clara, en orden a la naturaleza pública del servicio que el objeto incendiado presta. Lo relevante de cara a la concurrencia del tipo agravado no es tanto la titularidad, pública o privada del contenedor, que la sentencia considera de titularidad privada de la empresa concesionaria, sino la afectación a la prestación al servicio público de la recogida de residuos cumpliendo así una previsión legal que califica de competencia esencial de la Administración Local.

Desde la perspectiva expuesta, el contenedor sobre el que se realiza una acción de destrucción, que aparece dispuesto para la recogida de residuos, en el desarrollo de una competencia que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración tiene la consideración de bien de uso público o comunal y rellena la tipicidad del [art. 263.2.4 del Código Penal \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) .

FALLO

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

1.º)

Desestimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de Tomás, contra sentencia n.º 768/2019 de 26 de noviembre, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, rollo de apelación n.º 239/2019.

2.º)

Condenar al recurrente al pago de las costas causadas en esta casación.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.