



COPIA

DILIGENCIAS PREVIAS 7342/2010

**AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN 3 BIS DE MADRID**

Doña **ESTHER GÓMEZ DE ENTERRÍA BAZÁN**, Procuradora de los Tribunales y de don **AGUSTÍN OLIVER SAN JUAN y 126 más** (según representación conferida hasta al día de la fecha), conforme a la representación que tengo acreditada, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que al amparo de lo prevenido en el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interesa al derecho de este parte formular alegaciones y, en su virtud, interesar la práctica de las siguientes diligencias de averiguación, que consideramos esenciales para la adecuada articulación de la defensa de mis representados, y a tal fin se realizan las siguientes,

**ALEGACIONES**

**PRIMERA.**- Se atribuye a mis representados, en esencia, la realización del supuesto de hecho del tipo de abandono colectivo de un servicio público esencial, establecido en el **artículo 409 del Código Penal**. A tenor de este precepto:

*“A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el **abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público**, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

*Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el **abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad**, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses”.*

Como ponemos de manifiesto en las consideraciones que siguen: (i) en la conducta de mis representados no hubo comportamiento alguno de abandono, ni físico ni funcional, ni individual ni colectivo; (ii) no existió abandono que pueda reputarse

como manifiestamente ilegal; (iii) la presentación del formulario de disminución de la capacidad psico-físico era un comportamiento debido en cumplimiento de un deber legal inexcusable; y, en fin, (iv) el perjuicio del servicio público aéreo y daño de la comunidad es atribuible objetivamente a los directivos de AENA que adoptaron autónoma y voluntariamente la decisión de cierre –patronal- del espacio aéreo. En definitiva, no se da ninguno de los presupuestos típicos del referido tipo penal, ni de ningún otro, circunstancia que permitirá solicitar, de modo fundado y razonable, el sobreseimiento libre cuando concluyan las diligencias de instrucción.

**Pretendemos acreditar que la situación de abandono no se produjo realmente, y que la interrupción del servicio fue consecuencia del cierre del espacio aéreo acordado por directivos de AENA, sin que pueda imputarse objetivamente a un supuesto abandono del servicio por parte de los Controladores imputados en esta causa, que, como tratamos de acreditar, no se había producido en el momento en el que AENA dispone el cierre del espacio aéreo.**

Debemos partir como premisa, para justificar las diligencias interesamos, de que no puede imputarse objetivamente a los controladores el resultado típico (la afectación del servicio público) si es consecuencia de **una acción (decisión voluntaria de imponer RATE 0) o de una omisión (no activar el Plan de Contingencias) atribuible en exclusiva a AENA.** Pues, como es sabido, la culpabilidad jurídico-penal es personal, está prohibida la responsabilidad por hecho ajenos, y no pueden imputarse objetivamente los comportamientos atribuibles a decisiones voluntarias de terceros. La teoría de la imputación objetiva como criterio normativo de atribución delictiva prescindiendo de una perspectiva meramente causal, impide, aplicada en sus justos términos, la atribución del hecho a nuestros representados.

Como acreditamos con los documentos que se acompañan y pretendemos acreditar con las diligencias interesadas, **la declaración del Rate 0 y posterior cierre del espacio aéreo, en la tarde del día 3, se toma sin que haya ninguna justificación operativa para el mismo.** Esta decisión tiene repercusión en toda la programación de vuelos del día 3 y 4. Y, en definitiva **no es imputable el perjuicio a la comunidad derivado de la paralización del servicio a ninguno de los controladores imputados, ni por acción ni por omisión. Los trabajadores no abandonaron en ningún momento sus puestos de trabajo ni desobedecieron las órdenes recibidas.**

Por otro lado, a pesar de que el Rate 0 se dejó sin efecto las 12.48 horas del día 4 de diciembre y se acordó la reapertura del espacio aéreo dependiente del Centro de control de Madrid-Torrejón, AENA informó que las compañías aéreas Iberia, Air Europa, Ryanair e Spanair habían cancelado todos sus vuelos programados para ese día. Esta decisión tampoco puede ser imputada objetivamente a nuestros representados.

Las diligencias hasta ahora practicadas, y las que se interesan en el cuerpo de este escrito, sirven para acreditar que el cierre del espacio aéreo y la consecuente interrupción del servicio público fue una decisión evitable, únicamente imputable a decisiones voluntarias –incluso preconcebida desde mucho antes del 3 de diciembre- de los responsables de AENA. Inversamente, ninguno de mis representados, ni individual ni colectivamente, tenían capacidad de evitación de una decisión administrativa ajena, y, en consecuencia, no puede serles atribuido, imputado objetivamente, ningún resultado de perjuicio para los intereses generales o la comunidad. Por el contrario, las decisiones político-administrativas adoptadas por AENA motivaron e indujeron a varios de los controladores, en todo caso después de decidido el cierre del espacio aéreo, a la presentación del formulario prevenido en art. 34.4. de la Ley de Navegación Aérea, **previamente distribuido a los controladores por don Antonio Almodóvar** que fueron presentados en cumplimiento de un **deber inexcusable**.

Téngase en cuenta que conforme al **artículo 17 del REGLAMENTO (UE) N° 805/2011 de la Comisión, de 10 de agosto de 2011**, por el que se establecen normas detalladas para las licencias y determinados certificados de los controladores de tránsito aéreo en virtud del Reglamento (CE) no 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Controlador Aéreo **no deberá** ejercer las atribuciones que le otorga su licencia **en cuanto sea consciente de sufrir una reducción de su aptitud psicofísica que pudiera impedirle ejercer dichas atribuciones con seguridad**. Continuar ejerciendo sus funciones con una capacidad psicofísica disminuida o atenuada puede acarrear responsabilidad en cuanto puede comprometer la seguridad del espacio aéreo.

Luego, **la presentación del formulario es un comportamiento asociado al cumplimiento de un deber**, y el comportamiento contrario, no presentarlo, supone una grave infracción del deber que compete al controlador, que puede comprometer la seguridad de la navegación aérea. Como **el Sr. Almodóvar conocía el deber**

**individual de abstención** ante la alteración psico-física producida por circunstancias extraordinarias (como un conflicto laboral grave), por ello hubo de habilitar los oportunos formularios. **No puede reprocharse, pues, a los controladores un comportamiento debido en cumplimiento de un deber legalmente impuesto.**

**SEGUNDA.-** Como decimos, cuando AENA adopta la decisión –ya preconcebida- de cerrar el espacio aéreo, ningún controlador aéreo había abandonado su puesto de trabajo, no dándose el supuesto de hecho típico que define el art 409 del Código Penal. En la medida en que el tipo penal del abandono requiere establecer una **directa relación causal** entre la conducta de abandono y la paralización del servicio público, resulta esencial acreditar que el **cierre del espacio aéreo no tuvo como causa el supuesto –por inexistente- absentismo de los controladores sino decisiones ajenas imputables única y exclusivamente a los directivos de AENA, y particularmente y de manera muy especial las adoptadas por el Jefe de División ATS del Centro de Control de Madrid, D. Antonio Almodóvar Martín y por el Director Regional, D. Gabriel Novelles Bau, que decidieron –sin justificación operativa- el cierre del espacio aéreo.**

A pesar del clima hostil creado con el Real Decreto 13/2010, publicado oficialmente a las 21.16 horas del día 3 de diciembre, en cuanto suponía, dada la falta de capacidad de planificación personal, un cambio brusco de condiciones laborales y que limitaba gravemente derechos laborales de los controladores, cuyo texto fue repartido ya por la mañana (antes incluso de su publicación oficial, que tuvo lugar a las 21.16 horas de ese día) a los controladores por AENA, **ninguno de los controladores** (salvo un controlador del sector Bilbao) **presentó el formulario 34.4 de la Ley 21/2003 de Seguridad Aérea ni había manifestado verbalmente su incapacidad para trabajar**, manteniéndose en el puesto de trabajo y dando cumplimiento estricto a sus obligaciones.

Resulta necesario por ello determinar con precisión **la cronología de los acontecimientos**, para poder determinar, con rigor, la verdadera causa del cierre del espacio aéreo. A tal fin acompañamos a este escrito como **DOCUMENTO NÚM. 1 INFORME TÉCNICO Informe Técnico sobre la capacidad operativa en el Centro de Control de Madrid-Torrejón los días 3 y 4 de diciembre de 2010 y**

sobre las causas y cronología del cierre del espacio aéreo elaborado por Don Fidel Sanz Sacristán, junto con infografía ilustrativa de lo que se contiene en ese informe.

**Don Antonio Almodovar**, Jefe de División ATS en la Región Centro Norte, reconoció en su declaración judicial que, sin haber precedentes de ello, **decidió repartir los formularios** del art. 34.4 de ley de Seguridad Aérea, en **“previsión”** de una posible disminución de la capacidad psicofísica de los controladores, ante la inmediata promulgación del Real decreto 13/2010, lo que suponía una **expresa invitación a su presentación, como paso previo a la ya decidida medida de cierre del espacio aéreo**. Sin embargo no se dotó de los medios necesarios para, ante esa eventualidad, dar el cumplimiento debido al **Procedimiento de Actuación derivado de los artículos 26.1 y 26.2 del RD 1516/2009 de 2 de Octubre en los casos de Baja Médica**, al que luego nos referiremos.

Este comportamiento del Sr. Almodóvar suponía ya en todo caso la previsión –la **representación consciente**- por parte de AENA de una posible o incluso probable disfunción del servicio público, sin que AENA adoptara medida alguna dirigida a garantizar el normal funcionamiento del servicio público, incumpliendo en todo caso el deber legal de activar el Plan de Contingencia. Es competencia de AENA la adopción de todas aquellas medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio, optando el día 3 de diciembre, sin embargo, por la medida más desproporcionada –como innecesaria- de cierre del espacio aéreo en “previsión” de posibles comportamientos de abstención de los controladores. Es decir, ante el **“riesgo”** (de posible producción futura e incierta) de abandono del servicio se conjuró ese riesgo, por decisión voluntaria de AENA, **anticipando el resultado** en el podía realizarse aquél riesgo, esto es, con el **cierre del espacio aéreo, lo que obligaba a la paralización del servicio y al abandono “forzoso y seguro” de los controladores sobrantes a medida que se reducía el número de sectores operativos**. Pero, como veremos, a pesar del cierre progresivo de sectores operativos, ningún comportamiento de abandono se había producido con anterioridad al cierre del espacio aéreo.

El perjuicio producido a los viajeros por cierre del espacio aéreo no es imputable objetivamente, pues, a un supuesto abandono colectivo de funciones –inexistente- , sino a la decisión administrativa unilateral de AENA. **El tipo penal del artículo 409**

CP requiere que el perjuicio sea imputable objetivamente al abandono colectivo del servicio público, no bastando una mera relación causal, con causa remota o indirecta y mucho menos hipotética, excluyéndose cuando el hecho es atribuible a decisiones voluntarias de terceros, las adoptadas por los directivos de AENA, pues, como es sabido, la prohibición de la responsabilidad por hecho ajeno y la prohibición de regreso son consecuencias inherentes al principio jurídico-penal de culpabilidad, y solo puede responderse, en consecuencia, por hechos propios y evitables individualmente.

**TERCERA.-** A la reducción de la capacidad de los sectores contribuyó la situación creada por el incidente entre el un avión de Iberia (A-320) y un helicóptero (EC35) a las 15'07 horas del día 3 de diciembre. En todo caso, durante el progresivo cierre del espacio aéreo, la progresiva reducción de la capacidad de los sectores, todos los controladores prestaron adecuadamente el servicio que les estaba encomendado.

Sobre el incidente producido a las 15'07 horas del día 3 de diciembre entre un avión de Iberia (A-320) y un helicóptero (EC35) se acompañan los siguientes documentos:

- Como **DOCUMENTO NÚMERO 2**, representación infográfica, elaborada sobre la base de la información obtenida sobre el acontecimiento.
- Como **DOCUMENTO NÚMERO 3.-** la notificación de sucesos e incidentes de seguridad cursada por el controlador ejecutivo, en la que se da cuenta de un ambiente de tensión y ansiedad "que mermaba notablemente" la capacidad para ejercer las funciones con la seguridad requerida.
- Como **DOCUMENTO NÚM. 4** la Instrucción de trabajo de esquemas de clasificación de severidad, riesgos y objetivos de seguridad cuantitativos.

De acuerdo con este último documento, el incidente, en que concurren circunstancias que acreditan la posible producción de accidente, puede calificarse de grave, lo que hubiera motivado el relevo de los controladores de los dos sectores implicados.

Como declaró el testigo don Antonio Almodóvar:

*"Hasta las cuatro no pasa nada. Nerviosismo y corrillos si. Ya estaba aprobado el Real Decreto y la gente ya estaba muy nerviosa. Además, el nerviosismo se incrementa porque a las tres se produce un incidente en el TMA de Madrid. Un incidente es una pérdida de separación, en términos coloquiales un "crujido", entre un Iberia y creo que fue un helicóptero. Un incidente considerado como grave, con lo cual incrementa aún más el nerviosismo. Todo eso ... hasta las 4 todo el mundo nervioso, el relevo bien ...pero ya le digo, a las 4 o 4 y cuarto ya se entrega el primer documento de incapacidad del 34.4 de la LSA. Con lo cual me da pie a pensar que puede ocurrir algo, y digo "voy a reducir algo la capacidad de los sectores para mantener la seguridad", y ordeno rebajar la capacidad de todos los sectores en un 20%".*

En esa situación de nerviosismo se altera la capacidad psicofísica de los controladores, por razones ajenas, pues, al supuesto abandono del servicio, y es el propio Jefe de División el que dispone, autónomamente, la reducción de los sectores en un 20%, con consulta previa al director Regional don Gabriel Novelles Bau.

Debe tenerse en cuenta que el centro de tránsito aéreo de Madrid/Torrejón gestiona el tráfico aéreo de la zona centro-norte peninsular a través de varios sectores, cuya configuración máxima es de 17 sectores de ruta y 10 de aproximación, aunque habitualmente operan menos sectores. Cuando la demanda de un sector es superior a su capacidad se establecen regulaciones de tráfico para evitar una sobrecarga en el sector.

Pues bien, en el momento en el que el Jefe de División dispuso la reducción de los sectores en un 20% como consecuencia de aquél incidente:

- (i) La configuración de la Sala de control está plenamente operativa,
- (ii) Todo el personal se encontraba en sus puestos de trabajo y

- (iii) Ninguno había manifestado su incapacidad para trabajar (a excepción de un controlador del sector Bilbao, lo que no incidió en la capacidad operativa).

A las 16h del día 3 de diciembre se incrementa en 15% la reducción de capacidad del centro de control, estando plenamente operativa la configuración de la Sala. Esta situación y la plena operatividad de los controladores permanece durante el cierre progresivo de sectores acordado por el Jefe de división Sr. Almodóvar y así continuó hasta que a las 17.35h (16.35 hora zúlú o UTC) se declara el RATE 0 y el consiguiente cierre del espacio aéreo.

**Debe significarse que cuando se toma la decisión RATE 0 ningún controlador había presentado el formulario 34.4, luego esta decisión no puede atribuirse a los controladores. Pues, hasta las 19:00 hora local (18:00 hora zúlú o UTC) no se entrega y adjunta al diario de novedades el formulario firmado y declaración jurada de muchos de los controladores de servicio aplicando el procedimiento entregado por AENA de incapacidad sobrevenida, art 34.4 de la LSA. Otros controladores lo entregaron con posterioridad o no lo entregaron.**

En ese momento, como resulta del Informe cronológico que se acompaña a este escrito, en ese momento habían transcurrido 3 horas desde que el Director Regional ordenara el denominado Rate 0 y una hora y media desde que dicha orden fue ejecutada formalmente con Eurocontrol. No es cierto, por tanto, que el Rate 0 se dispusiera como consecuencia de haberse presentado “un taco” de formularios (cfr. declaración testifical del Sr. Novelles, hora 12.59, 13.01h, 14.02h, 14.57h de la grabación), pues en ese momento no se había presentado ninguno.

Así resulta, (i) de la declaración jurada notarial otorgada por don **Fernando Martín Felipe** ante el Ilustre notario de Madrid don Pedro Armas Omedes, del día 9 de junio de 2011, quien en su condición de Jefe de Sala, y por tanto, máxima autoridad en el centro de control (obra a los folios 4277 a 4285 de las actuaciones) (ii), del diario de novedades, documento electrónico del cual se obtiene después copia en papel y lo rellena el Jefe de Sala en los centros de control (aparece incorporado a los folios 6077 a 6085 de las actuaciones) y (iii) de la declaración testifical emitida por el precitado don **Fernando Martín Felipe**, el día 30 de



noviembre de 2011, conforme consta en autos, en la que el testigo ratificó judicialmente los anteriores documentos (m. 14.49h y 14.50 h, de la grabación).

Como resulta de estos documentos:

[a] AENA declara el cierre del espacio aéreo del centro de control de Madrid antes de las 17.32 horas locales (16.32 horas zulu) estando abiertos 14 sectores de ruta y 7 de aproximación, siendo una configuración habitual para la demanda de tráfico diaria.

[b] Estaban disponibles 58 de los 61 controladores que entraron de servicio.

[c] Es decir, con un 95% de la plantilla disponible se declara una capacidad 0 y progresivamente se va extendiendo a lo distintos centros de control y aeropuertos de España.

[d] El **cierre patronal** fue antecedido con una reducción del 35% de la capacidad, cuando sólo un controlador había entregado el formulario previsto en el art. 34.4 de la Ley de seguridad aérea, estando disponibles el 98% de los controladores y abiertos todos los sectores.

[e] **Ninguno de los controladores había abandonado su puesto de trabajo antes de la finalización del servicio ni después de terminado, habiendo permanecido dos horas más a disposición.**

De acuerdo con lo expuesto, constituye un hecho objetivo, inequívoco y probado, que **los controladores aéreos se mantuvieron en su puesto de trabajo durante todo el proceso de cierre progresivo de sectores, sin que haya producido comportamiento alguno de abandono en el sentido del tipo penal del art. 409 del Código Penal.**

El día 4 de diciembre, acordado ya el cierre patronal, ninguno de los controladores de servicio entregaron el formulario de incapacidad sobrevenida.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, y reproduciendo las conclusiones que se obtienen en el dictamen adjunto (el subrayado en negrita es nuestro):

“

1. *La declaración del Rate 0 y posterior cierre del espacio aéreo, en la tarde del día 3, se toma **sin que haya ninguna justificación operativa para el mismo. En dicha decisión no intervienen los trabajadores ni por acción ni por omisión.** Esta decisión tiene repercusión en toda la programación de vuelos del día 3 y 4.*
2. *La **decisión empresarial de cerrar el espacio aéreo se toma con varias horas de antelación y se ejecuta una hora y media antes de que se entregue la primera declaración de disminución de capacidad,** estando la sala en una configuración absolutamente normal y similar a otros días anteriores o posteriores.*
3. *Las **decisiones tomadas por Aena, en cuanto a la optimización y uso de la capacidad disponible en cada momento, no fueron correctas** y afectaron gravemente al tráfico previsto en ambos días.*
4. *Los **trabajadores no abandonaron en ningún momento sus puestos de trabajo ni desobedecieron las órdenes recibidas.***
5. *Los **controladores de servicio atendieron en todo momento todos los vuelos que llegaban a su sector y a su frecuencia, antes y después del Rate 0.** Esto es aplicable tanto a los que manifestaron una disminución de sus capacidades psicofísicas, cumpliendo por tanto con la legalidad vigente, como a los que no sufrieron dicha disminución.*
  - a. *Se controlaron más de 200 vuelos después del cierre del espacio aéreo y hasta su posterior reapertura.*
  - b. *Se controlaron más de 50 vuelos entre las 19:00 y las 22:00 horas locales del día 3/12/10. Los documentos de incapacidad psicofísica que se entregan la tarde del día 3, lo hacen a partir de las 19:00 horas locales.*
  - c. *Se controlaron más de una docena de vuelos durante los servicios de noche del día 3/12/10 y mañana del día 4/12/10.*

6. *En ningún momento los controladores limitaron o pusieron objeción alguna al número de vuelos que llegaban. Se limitaron a prestar el servicio con normalidad a todos los tráficos que llegaban.*
7. *Con el personal disponible se podía seguir prestando el servicio. Se podía haber seguido atendiendo vuelos durante los turnos de tarde y noche del día 3 y mañana del día 4. La capacidad disponible era muy superior al número de tráficos a los que se prestó servicio. Siempre teniendo en cuenta la configuración de la Sala establecida por Aena.*
8. *Aena no cumplió con su obligación legal de aplicar el Plan de Contingencias, incurriendo en las responsabilidades legales, civiles o administrativas que se puedan derivar de dicho incumplimiento."*

**QUINTA.-** La presentación de los formularios se encontraba justificaba y constituía un deber inexcusable del controlador. El cumplimiento de un deber no puede acarrear responsabilidad penal por ausencia de antijuridicidad material. En todo caso, no se siguió por AENA el procedimiento legalmente establecido una vez presentados los formularios del art. 34.4. LSA para acreditar la justificación de su presentación.

I.- A tenor del art. 34.4 de la Ley de Seguridad Aérea 21/2003 que estuvo vigente a las 21.16 horas del día 3 de diciembre, disponía que son **obligaciones específicas** del personal aeronáutico

*"4ª Abstenerse de ejercer dichas funciones y de realizar tales actividades en caso de disminución de la capacidad física o psíquica requerida".*

Por su parte, el Real Decreto 1516/2009 de 2 de octubre, que regula la licencia comunitaria de controlador, mediante su artículo 26 determinó que el proveedor de servicios de navegación aérea establecerá los procedimientos adecuados a los efectos señalados, que serán aprobados por la autoridad nacional de supervisión. De esta forma a propuesta de AENA, AESA (Agencia Estatal de Navegación Aérea), aprobó el 20 de octubre del 2010, el **Procedimiento de Actuación derivado de los artículos 26.1 y 26.2 del RD 1516/2009 de 2 de Octubre** (obra incorporado a la causa a los folios 13145 y ss.)

Debe tenerse en cuenta que el Procedimiento de Actuación aprobado, con base a los artículos 26.1 y 26.2 del RD 1516/2009 de 2 de Octubre, disponía que el controlador que considerase no estar en las condiciones optimas para desempeñar su actividad profesional debía efectuar una **Comunicación Interna** a la empresa AENA cumplimentando dos impresos, un formulario de Notificación y una Declaración Jurada. Es decir, la presentación del formulario (como se desprende de su propio texto) es una mera notificación **interna**.

A partir de dicha comunicación interna, la escala de mando del proveedor de servicios de control aéreo, **debía proceder a relevar** a los controladores en dichas circunstancias y **a prestar la asistencia precisa acorde a su problemática médica**, o en su caso a disponer lo necesario para mitigar las circunstancias generadoras de la disminución psicofísica, atendiendo a los más básicos procedimientos de prevención de riesgos laborales, tras lo cual y en aquellos casos que resultase preciso, **proceder a evaluar a los controladores que fuera preciso mediante un médico AME**, de conformidad con la Orden FOM/2418/2007 y Orden FOM/2157/2003, en su condición de Médicos Examinadores Aéreos .

A pesar de que, como se ha expuesto, se habían distribuido en el Centro de control de Torrejón los formularios del art. 34.4 por el Sr. Almodóvar, **no estaba dispuesto el servicio médico establecido por la Ley para determinar qué controlador podía prestar o no el servicio**. A pesar de la previsión de la presentación de los formularios, AENA, con incumplimiento de la Ley, no garantizó el procedimiento establecido por la Ley para garantizar la prestación del servicio. **Ninguno de los controladores abandonó el puesto de trabajo por la mera presentación del formulario**, aguardando que AENA siguiera el oportuno protocolo de actuación.

Como reconoció en su declaración testifical don **Salvador Merino Moina** (m. 10.55h, 11.50h, y ss ) a la sazón, Director de Recursos Humanos de AENA, de la que dependía la Unidad médica, no se dispuso de servicio médico que permitiera reconocer médicamente a los controladores que lo precisasen.

II.- **A partir de la entrada en vigor del Real Decreto 13/2010**, publicado oficialmente a las 21.16 horas del día 3 de diciembre, se modifica el art. 34 de a

citada Ley de Navegación Aérea, disponiendo ahora que son obligaciones específicas del personal aeronáutico:

*“4ª Abstenerse de ejercer dichas funciones y de realizar tales actividades en caso de disminución de la capacidad física o psíquica requerida. El personal de control al servicio de la Entidad Pública Empresarial «Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea», que aprecie dicha circunstancia, deberá someterse de manera inmediata a reconocimiento por parte de los Servicios Médicos que facilite la Entidad, quienes verificarán la concurrencia de la misma, y determinarán si ello ha de dar lugar al apartamiento de su puesto de trabajo”.*

A partir de dicha modificación normativa el Procedimiento de Actuación aprobado por la AESA, con base a los artículos 26.1 y 26.2 del RD 1516/2009 de 2 de Octubre, queda inoperativo, y desde ese momento son los servicios médicos de AENA, los que deben proceder a reconocer al personal de control, y determinar si se debe apartar del puesto de trabajo al controlador aéreo.

III.- Como se da cuenta en el **Dictamen Médico Pericial elaborado por el Dr. D. Juan Carlos Salinas Sánchez**, que se acompaña con este escrito como **DOCUMENTO NÚMERO 5**, la máxima autoridad médico - aeronáutica, científica y de la Administración General del Estado, C.I.M.A. (Centro de Instrucción de Medicina Aeroespacial), perteneciente al Ministerio de Defensa e independiente, publicó un estudio de la situación del colectivo tras los incidentes de Diciembre de 2.010, encontrando en el 61.8 % de los sujetos explorados un impacto importante y grave. Y con una incidencia de gravedad mayor (35.3%), en la escala de subavitación.

Resulta acreditado que en los días 3 y 4 de Diciembre de 2010 un gran número de controladores notificaron a AENA su disminución de capacidad, fundamentalmente por situaciones caracterizadas por un cuadro de estrés y agotamiento, que derivaron en sintomatologías de efecto reflejo diversas (diarreas, náuseas, jaquecas, taquicardias) que se reflejan en el estudio hecho a los 160 controladores, que vivieron esta situación, en los turnos de tarde y noche del 3 de Diciembre y mañana del 4 de Diciembre de 2.010. Todo ello sin perjuicio de la situación individual y las circunstancias particulares de cada uno de los controladores afectados, como se acreditará oportunamente.

El sector laboral de los controladores aéreos es un ámbito complejo y esa profesión expone a los individuos a situaciones de importante estrés psicológico. Conforme resulta del Informe Médico pericial que se acompaña a este escrito, la situación de estrés generalizada se produjo como resultado de la concurrencia de un cúmulo de circunstancias, de las que destacamos:

[a] Las constantes modificaciones de sus condiciones laborales mediante Decretos y Leyes. Estas modificaciones legislativas, impuestas sin acuerdo, sin periodo de adaptación, y sin estudios de seguridad previos, vinieron a alterar sus ciclos de trabajo, sus periodos de sueño y de descanso.

[b] La presión política y la dirigida presión social a la que fue sometido el colectivo de controladores aéreos, de cuyo extremo queda fiel reflejo en todas las hemerotecas, lo que provocó un retraimiento social y aislamiento, durante todo el año 2.010.

**No se puede analizar jurídico-penalmente el comportamiento imputado a los controladores aéreos sin tener en cuenta las circunstancias reales que motivaron la presentación del formulario en cumplimiento de un deber y el incumpliendo por parte de AENA del debido protocolo de actuación dirigido a constatar la efectiva disminución psico-física de los controladores que lo presentaron, omisión que obviamente no puede perjudicarles presumiendo –contra reo- la ausencia de justificación o veracidad en las declaraciones de disminución de capacidad realizadas. A pesar de todo ello, como hemos expuesto, no se produjo el abandono de ningún puesto de trabajo.**

**Debe tenerse en cuenta que en todos los casos en los que fueron atendidos por facultativos, bien externos a los servicios médicos de AENA, o bien de los servicios médicos de AENA, fueron reconocidas y averdadas las patologías alegadas por los controladores.**

**SEXTA.- No se activó el Plan de Contingencias ATS de LECM previsto para situaciones como la planteada, con incumplimiento por AENA del deber legal de mantener operativo el servicio**

El proveedor de servicios de navegación aérea tiene la obligación legal de disponer de Planes de Contingencia para todos los servicios que presta en caso de sucesos que supongan un deterioro significativo o una interrupción de sus servicios. Resulta esencial, a juicio de esta defensa, determinar si la aplicación del Plan de Contingencia, que era obligación de AENA, hubiera evitado la paralización del servicio público, pues, como se ha dicho, no puede imputarse objetivamente a los controladores el resultado típico (la afectación del servicio público) si es consecuencia, en este caso, de una omisión (no activar el Plan de Contingencias) atribuible en exclusiva a AENA.

**AENA, como reconoció el Sr. Almodóvar en su declaración testifical, no activó el día 3 de diciembre ningún plan ante la contingencia producida,** previsible, incluso prevista conforme a lo expuesto, lo que hubiera permitido mantener un nivel de servicio aceptable para los usuarios, sin producción del resultado lesivo para el normal funcionamiento del servicio público. Las consideraciones que siguen acreditan que cuando el Sr. Almodóvar afirmó en el Juzgado que el Plan de Contingencias no estaba para estas situaciones no tuvo en cuenta las disposiciones que contiene el propio Plan de Contingencias que acreditan a las claras exactamente lo contrario.

Conforme el Plan de Contingencias (páginas 7 y 8 del PCATS LECM):

*“El Objetivo de un Plan de Contingencia ATS es proporcionar servicios ATS adecuados, **que aseguren los niveles de seguridad habituales, y compatible con la situación de contingencia, en tanto no se encuentren disponibles el personal y los elementos que habitualmente conforman el sistema, independientemente de la causa que origine dicha interrupción.** Los propósitos de dichos planes son:*

*(...) 3. **Mantener un nivel de servicio aceptable para los usuarios compatible con las condiciones de contingencia.***

*4. **Restaurar el servicio normal de manera ordenada sin menoscabo de la seguridad y el orden del tránsito tan pronto como sea posible”.***

Una situación de contingencia ATS, como se define en el PCATS, es una situación temporal e inesperada, o que aún siendo esperada ocurre ocasionalmente, como, entre otras, una huelga, y que produce una discontinuidad severa en los servicios de navegación aérea prestados, tanto en el espacio aéreo nacional como en el espacio asignado a través de acuerdos internacionales o espacio delegado (acuerdos bilaterales con otros Estados).

En la página 15 del PCATS de LECM se dispone lo siguiente:

*“Cuando la **indisponibilidad de recursos humanos** conlleve una situación en la cual se haga necesario tomar medidas de carácter ordinario o extraordinario en relación a los recursos humanos para asegurar la continuidad del servicio, con carácter general, serán de aplicación todas las medidas previstas en la normativa en vigor que permitan atender las incidencias ocasionadas por la falta de personal. A título orientativo se detallan algunas de ellas:*

- *Revisión de los contratos de colaboración con Senasa de aquellos controladores (18) que mantienen la habilitación en vigor, con el fin de que se incorporen a la dependencia.*
- ***Optimización del número de supervisores por turno.***
- ***Valoración de suspensión de permisos de convenio.***
- ***Valoración sobre comisiones de servicio: Reincorporación de comisionados a sus dependencias.***
- ***Suspensión de procesos de instrucción y formación.***
- ***Establecer un sistema de obligatoriedad de realización de horas extraordinarias (ante el posible cierre del servicio) y notificando o solicitando permiso a la Agencia Estatal de Seguridad para sobrepasar el límite mensual de horas por controlador, debido a causas extraordinarias.”***

Por lo tanto, de acuerdo con las conclusiones del Informe adjunto, AENA, con incumplimiento del deber de activar el Plan de Contingencia:

[a] No buscó personal disponible para cubrir las incidencias de recursos humanos.



[b] No aprovechó los CTA's y TMA's adyacentes para reencaminar el tráfico aéreo a través de ellos.

El testigo **don Salvador Merino**, Director de RRHH de AENA, precisamente contestando preguntas del Sr. Abogado del Estado, reconoció en su declaración testifical (m. 11.50h), aunque luego matizó ante la insinuación del interrogante, que, si se hubiera planificado convenientemente, **hubiera sido posible disponer de controladores suficientes** ("imaginaria" o "reten") para proceder al relevo de los controladores en los casos que fuere necesario. No se olvide que AENA ya contempló la posibilidad de presentación del formulario (que repartió previamente) y la necesidad de proceder a estas suplencias, sin que nada se planificara al efecto, lo que corrobora la idea de que la decisión del cierre de espacio estaba adoptada de antemano, con independencia de cual fuera la actuación de los controladores, que, como decimos, no fue la causa del cierre del espacio aéreo.

No es cuestión baladí acreditar y valorar las decisiones de carácter operacional que fueron adoptadas por AENA durante los días 3y 4 de diciembre de 2010. Resulta necesario por ello, forma parte esencial del derecho de defensa, que se determine por AENA el número de controladores aéreos operativos que pudieron ser llamados a la prestación del servicio, toda vez que se encontraban a disposición de AENA los días 3 y 4 de diciembre y que podían haber sido llamados a prestar servicio de control de tránsito aéreo en el caso de haberse activado el Plan de contingencia, antes de proceder al cierre del espacio aéreo y la toma de decisiones de carácter operacional que se llevaron a cabo por parte de los responsables de AENA. Esta es una diligencia necesaria para acreditar, como sostenemos, que el cierre del espacio aéreo y la afectación de los intereses de la comunidad a que se refiere el tipo penal del art. 409 del Código Penal no era una consecuencia imputable a acción u omisión de los controladores que se encontraban de servicio, toda vez que el cierre del espacio aéreo no era consecuencia necesaria e inevitable.

Para complementar la acreditación de las anteriores manifestaciones, interesamos la práctica de las siguientes,

#### **DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN**

**1º.- DOCUMENTAL.-** a fin de que se oficie a AENA a fin de que, por quien corresponda en función de sus atribuciones, certifique e Informe acerca de los siguiente extremos:

a) Informe del número total de vuelos que fueron atendidos por el Centro de Control de Madrid en la fecha del día 3 de Diciembre de 2010, entre las 15:00 horas y las 22:00, con el detalle de las horas y los vuelos atendidos en cada franja horaria.

b) Informe del número total de vuelos que fueron atendidos por las Torres de Control del Aeropuerto de Madrid Barajas en la fecha del día 3 de Diciembre de 2010, entre las 15:00 horas y las 22:00, con el detalle de las horas y los vuelos atendidos en cada franja horaria.

c) Informe por el que se determinen las compañías aéreas que decidieron cancelar sus vuelos en la fecha del día 4 de Diciembre, a pesar de quedar sin efecto el RATE-0 a lo largo de la mañana de ese mismo día.

d) Informe del número de sectores que estaban abiertos y operativos en el Centro de Control de Madrid en la fecha del día 3 de Diciembre de 2010, entre las 15:00 horas y las 22:00, con el detalle de las horas minutos y segundos, en que fueron variando las configuraciones de la sala y por consiguiente los sectores abiertos y operativos.

e) Informe el número de controladores precisos que deben estar operativos y disponibles para atender un sector de control de Tráfico aéreo en el Centro de Control de Madrid.

f) Que se determine el número de controladores aéreos operativos que pudieron ser llamados a disposición de AENA los días 3 y 4 de diciembre y que podían haber sido llamados a prestar servicio de control de tránsito aéreo en el caso de haberse activado el Plan de contingencia, antes de proceder al cierre del espacio aéreo y la toma de decisiones de carácter operacional que se llevaron a cabo por parte de los responsables de AENA.

g) Informe sobre el número de horas de actividad aeronáutica que llevaban completadas el 3 de diciembre cada uno de los imputados en este proceso, y si alguno de ellos, de acuerdo con la legalidad vigente, antes de la entrada en vigor del RD 13/2010, había superado los límites legales.

**2º.- MÁS DOCUMENTAL.-** Que se libre **Comisión Rogatoria a las Autoridades competentes de Bélgica, con comunicación a EUROJUST**, al amparo del Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959 y disposiciones sobre asistencia judicial en materia penal del Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, a los efectos de que se oficie a la UNIDAD CENTRAL DE GESTION DE AFLUENCIA de Eurocontrol, a través de su Director General, al objeto de que identifiquen a la persona o personas que confeccionaron el informe de la CFMU obrante a los **folios 8401 y siguientes**.

El Oficio debe librarse a la siguiente dirección es:

DIRECTORATE NETWORK MANAGER  
Rue de la Fusée 96  
B-1130 Bruselas  
BELGICA

**3º.- TESTIFICAL,** a fin de que se cite al personal del Centro de Gestión de Red H24 de AENA, que estuvo de servicio el día 3 de Diciembre de 2010, en particular:

- JESUS GUTIERREZ GONZALEZ
- JAVIER VOZMEDIANO FERNANDEZ
- ELENA MEDIAVILLA DE DIOS
- MONICA BALLESTEROS JORGENSEN
- CARLOS GAITE DE CARLOS

**4º.- PERICIAL TECNICA.-** A fin de que se tenga por designado perito de la defensa a **Don Fidel Sanz Sacristán**, **Ingeniero Superior de Caminos, Canales y Puertos, Controlador de Tráfico Aéreo y Piloto de Transporte de Líneas Aéreas**, que ha emitido la pericia técnica sobre la capacidad operativa en el Centro de Control de Madrid-Torrejón los días 3 y 4 de diciembre de 2010 y sobre las causas y cronología del cierre del espacio aéreo, que se acompaña como **DOCUMENTO NÚM. 1**, el que deberá ser citado por el Juzgado a los efectos de su ratificación contradictoria.

**5º.- PERICIAL .-** A fin de que se tenga por designado perito de la defensa al **Dr. D. Juan Carlos Salinas Sánchez**, que ha emitido el dictamen Médico pericial que se acompaña como **DOCUMENTO NÚM. 5** de este escrito, el que deberá ser citado por el Juzgado a los efectos de su ratificación contradictoria.

6º.- Las derivadas de las anteriores

En su virtud,

**SUPlico DEL JUZgado DE INSTRUCCIÓN**, Que teniendo por hechas las anteriores manifestaciones, se acuerde conforme a la solicitado la práctica de las diligencias de investigación interesadas.

Madrid, a 30 de noviembre de 2012.

Dr. José Antonio Choclán Montalvo  
Abogado

Dª Esther Gómez de Enterría Bazán  
Procuradora