



Roj: **STSJ AND 2435/2016 - ECLI: ES:TSJAND:2016:2435**

Id Cendoj: **18087330012016100209**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **22/02/2016**

Nº de Recurso: **1910/2010**

Nº de Resolución: **446/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JESUS RIVERA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

RECURSO NÚMERO 1910/2010

SENTENCIA NÚM. 446 DE 2016

ILUSTRÍSIMO SEÑOR PRESIDENTE:

DON RAFAEL TOLEDANO CANTERO

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES MAGISTRADOS:

DON. JESÚS RIVERA FERNÁNDEZ

DON LUIS ÁNGEL GOLLONET TERUEL

En la ciudad de Granada, a veintidós de febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 1910/2010, de cuantía indeterminada, interpuesto por DON Manuel , DOÑA Piedad , DOÑA María Esther y DON Simón , **representados por el Procurador d e los Tribunales Don Rafael García-Valdecasas Ruiz**, y dirigidos por el Letrado Don Alfonso Pérez Moreno, contra la **ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, AGENCIA ANDALUZA DEL AGUA** , representada y dirigida por la Letrada de su Gabinete Jurídico Doña Encarna Ibáñez Malagón.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En fecha 29 de septiembre de 2010, la parte actora presentó escrito de interposición de recurso contencioso- administrativo frente a la resolución que más adelante se dirá, acordándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo completo, se dio traslado a la parte actora para que dedujera la oportuna demanda, lo que verificó, presentando, en fecha 26 de abril de 2011, demanda de recurso contencioso-administrativo, en la que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminó suplicando que se "...dicte sentencia estimando el recurso, declarando nulas ambas Resoluciones".

TERCERO. - Dado traslado a la parte demandada para contestación a la demanda, lo evacuó mediante escrito presentado el día 10 de octubre de 2011, en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que tuvo



por conveniente, terminaba suplicando que se dicte "...en su día lo desestime en cuanto al fondo, confirmando íntegramente la resolución recurrida".

CUARTO.- Acordado el recibimiento a prueba por el plazo legal, en dicho período se practicaron aquellas pruebas que, propuestas en tiempo y forma por las partes, la Sala admitió y declaró pertinentes, incorporándose las mismas a los autos con el resultado que en éstos consta.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, ni estimándose necesaria la misma por esta Sala, se acordó el trámite de conclusiones, que fue evacuado por ambas partes.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 28 de octubre de 2015, se acordó dar traslado a las partes para que alegasen sobre la posible incompetencia de la Agencia Andaluza del Agua para dictar el acto administrativo impugnado después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 2011, evacuándose el traslado solamente por la parte actora y señalándose para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JESÚS RIVERA FERNÁNDEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso administrativo la Resolución de la Dirección Gerencia de la Agencia Andaluza del Agua, de fecha 4 de junio de 2010, que desestima el recurso de alzada interpuesto por los hoy actores contra la Resolución de la Dirección General de Dominio Público Hidráulico de la Agencia Andaluza del Agua, de fecha 25 de febrero de 2010, que aprueba el deslinde del dominio público hidráulico en ambos márgenes de la Rambla de Melicena 1Km. aguas arriba desde el Dominio Público Marítimo-Terrestre, en el término municipal de Sorvilán (Granada).

SEGUNDO.- La Dirección General de Dominio Público Hidráulico de la Agencia Andaluza del Agua, organismo que instruyó el procedimiento hasta dictar con fecha 25 de febrero de 2010 la resolución que aprobó el precitado deslinde, es una Administración que carece de la preceptiva competencia para la incoación, instrucción y resolución del procedimiento en que ha recaído la mencionada resolución, como consecuencia de haberse declarado por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 16 de marzo de 2011, la inconstitucionalidad del artículo 51 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. En su nueva redacción, el artículo 51 de dicho Estatuto disponía que la Comunidad Autónoma Andaluza ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22ª de la Constitución. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha sido declarar su inconstitucionalidad y nulidad por contrario a este artículo 149.1.22º, ya que, *"al atribuir a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir, por más que la atribución competencial pretenda limitarse a aquellas aguas que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma y se realice con las salvedades a las que a continuación aludimos, impide que las competencias reservadas al Estado por el artículo 149.1.22ª CE y ejercidas por éste a través de la legislación estatal en materia de aguas desplieguen la función integradora y de reducción a la unidad que les es propia"*.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en su sentencia de 5 de octubre de 2012 (recurso 5571/2011) declarando no haber lugar al recurso de casación en interés de ley interpuesto contra un pronunciamiento en la que se ejercía la potestad sancionadora, doctrina que es aplicable *mutatis mutandi* al supuesto que ahora nos ocupa. La Junta de Andalucía pretendía que se fijase como doctrina legal que en el concepto de actos dictados por órgano manifiestamente incompetente del artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992, no pueden considerarse incluidos los dictados por órganos cuya atribución competencial se ve posteriormente anulada por la declaración de la inconstitucionalidad de la norma que transfirió la competencia, ya que en ese caso el vicio no sería ni manifiesto ni originario, y que el artículo 40.1 LOTC no permite revisar procedimientos sancionadores con base en la inconstitucionalidad posteriormente declarada de la norma de atribución de competencias, ya que dicho artículo sólo contiene excepciones concretas, y no resulta admisible ampliar el ámbito de las excepciones (artículo 4 del Código Civil), máxime cuando la tipicidad de la conducta y su punibilidad siguen subsistentes puesto que la norma sustantiva sigue vigente.

En la meritada sentencia de 5 de octubre de 2012, el Tribunal Supremo razona así: *"La cuestión que se suscita en el presente recurso, desde la óptica que nos permiten los contornos, antes indicados, de esta casación, se concreta en determinar los efectos que tiene sobre la sanción impuesta por la Agencia Andaluza del Agua, la*



expresada STC 30/2011, de 16 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 51 de Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Recordemos que el citado precepto habilitaba a la Comunidad Autónoma recurrente para la imposición de la sanción que se recurría en materia de aguas. Y que tras la indicada sentencia constitucional la competencia corresponde al Estado, ex artículo 149.1.22 de la CE, al tratarse de aguas (relativas a la cuenca hidrográfica del río Guadalquivir) que discurren por más de una Comunidad Autónoma. En definitiva, se trata de establecer si la declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, comporta que el órgano que impuso la sanción era un órgano manifiestamente incompetente, ex artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992 cuando impuso la sanción al Ayuntamiento recurrente en la instancia. Y si estamos, o no, ante la excepción que prevé el inciso final del citado artículo 40.1 de la LOTC y los procedimientos contencioso-administrativos (...)" .

"El planteamiento del recurso aboca a la desestimación del mismo, ex artículo 100.1 y 100.7 de la LJCA, pues la doctrina que sienta la sentencia recurrida respecto de los artículos 40.1 de la LOTC y 62.1 b) de la Ley 30/1992 no es errónea, por las razones que seguidamente se indican. No podemos examinar la interpretación y aplicación del artículo 40.1 de la LOTC respecto porque se trata de una norma que no resulta de aplicación al caso. Ciertamente la norma que contiene el mentado artículo 40.1 establece una regla general en el primer inciso (las sentencias a las que resulta de aplicación) y una excepción en el inciso final (para el ámbito sancionador). Pero sucede que el caso que ahora examinamos no entra en el supuesto de hecho de la norma general, por lo que huelga cualquier consideración sobre el alcance de la excepción establecida. Concretamente el citado artículo 40.1 se refiere a las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, pero no a todas, sino únicamente a aquellas que puedan acarrear la revisión de procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la Leyes inconstitucionales. Y lo cierto es que no estamos ante ningún proceso fenecido mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, pues la STC 30/2011 se dicta mientras se está sustanciando el recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de Sevilla, de modo que no estamos ante el supuesto de revisión que regula y acota el artículo 40.1 de tanta cita. Cuando no concurre en el supuesto de hecho que describe la norma no procede la aplicación de los efectos que se anudan a su concurrencia, como acontece con el artículo 40.1 de la LOTC. El caso examinado en contraría su encaje natural en el supuesto del artículo 39 de la indicada Ley que vincula la nulidad a la simple declaración de inconstitucionalidad. De manera que las consideraciones que hace la sentencia del juez administrativo sobre tal excepción prevista en el artículo 40.1 de tanta cita, no son más que un argumento a mayor abundamiento para indicar que ni siquiera en tal caso, es decir si la sentencia fuera firme, podría sostenerse el alegato esgrimido sobre la mera anulabilidad (...)" .

"En relación con la interpretación y aplicación del artículo 62.1. b) de la Ley 30/1992 tampoco el recurso puede prosperar. Varias, y de diferente intensidad, son las razones que avalan la desestimación en este punto del recurso. En primer lugar, el propio tenor literal de la STC 30/2011 que, al estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, declara que procede declarar "la inconstitucionalidad y nulidad del art. 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía", pues expresamente vincula la nulidad a la inconstitucionalidad, haciendo de ambas categorías una aplicación equivalente. En segundo lugar, la inconstitucionalidad declarada de una norma comporta, con carácter general, su nulidad plena, como se infiere del artículo 39.1 de la LOTC. De manera que la nulidad tiene efectos ex tunc, es decir, desde el momento inicial. Ahora bien, esta consideración general debe ser matizada, a tenor de la propia jurisprudencia constitucional, fundamentalmente tras la STC 45/1989, de 20 de febrero, pues en ella se señala que esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad no es siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja al Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso. Estas sentencias que modulan y perfilan en cada caso el alcance de la nulidad son las denominadas sentencias retrospectivas. Pues bien, en el caso examinado la STC 30/2011 no hace declaración alguna sobre los efectos de la nulidad en ese caso, ni contiene ninguna matización al respecto. De modo que nos encontramos con una sentencia constitucional que, tras su consolidada doctrina al respecto, y pudiendo haber realizado alguna modulación o prevención sobre los efectos propios de la nulidad, optó por no hacerlo. En este sentido venimos declarando, sentencia de 23 de septiembre de 2002 (recurso de casación num. 9247/1997) que la declaración de nulidad derivada de la inconstitucionalidad comporta la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma, con la consecuencia inmediata de la imposibilidad de toda aplicación tras la publicación de la sentencia constitucional. Por tanto, efecto, efecto necesario e inmediato es la exclusión de toda ultractividad de la norma inconstitucional, pero las situaciones anteriores a la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad quedan anteriores a la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad quedan afectadas por ella en la medida, y sólo en ella, en que aún sean susceptibles de decisión pública, administrativa o jurisdiccional. Este criterio o principio general supone, pues, una doble exclusión para la búsqueda de un equilibrio entre afirmación de la constitucionalidad y la garantía de la seguridad jurídica. Al optar la LOTC (art. 39.1) por la nulidad se descarta, como se ha dicho, la ultractividad de la norma que ha merecido la consideración de inconstitucionalidad (STC 167/86): "nuestro sistema de control de las normas...no permite una declaración de nulidad que a la vez aparezca como convalidación de la



norma hasta el momento de dicha declaración"). En tercer lugar, en fin, recientemente esta Sala en STS 13 de junio de 2011 (recurso contencioso administrativo num. 1/2009) ya ha señalado, a propósito del mismo precepto, que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 del Estatuto de Andalucía va expresamente acompañada de la de su nulidad. No hay, repetimos, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 2011 (a diferencia de lo sucedido en otras anteriores, a partir de la número 45/1989) meros efectos prospectivos, sino declaración de que el precepto de la Ley Orgánica 2/2007 no era compatible, desde su aprobación, con el texto constitucional, por lo que resulta nulo ab initio (...) Siendo ello así, la misma declaración de nulidad debe afirmarse respecto del Real Decreto impugnado que no hace sino utilizar la base competencial inadecuada -desde la perspectiva constitucional- que proporcionaba el artículo 51 citado para instrumentar el traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma de Andalucía. En consecuencia, la disposición administrativa objeto de litigio no sólo es que haya dejado de producir efectos "al ser privada de la base material sobre la que operaba que no era otra que el referido título de atribución competencial", sino que debe ser declarada nula. Además, la expulsión del ordenamiento jurídico, insistimos, que comporta la declaración de inconstitucionalidad, en lo que hace al caso, ha proyectado sus efectos hacia el futuro, porque cuando se dicta la sentencia constitucional se en contra pendiente el recurso contencioso administrativo y, por tanto, todavía no había decisión del juez administrativo".

Se refiere esta última sentencia citada al Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspasos de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma, en cuyo Anexo B) se incluía en el apartado 2 c) el traspaso de las funciones relativas a la instrucción y resolución de procedimientos sancionadores en materia de aguas; debiendo ahora hacerse alusión igualmente al Decreto 2/2009, de 7 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Agua, cuyo art. 31 b) atribuía la competencia para la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones calificadas como graves en el Texto Refundido de la Ley de Aguas al Director Gerente de la Agencia Andaluza del Agua.

En definitiva, es patente que la Agencia Andaluza del Agua ha tramitado y resuelto el procedimiento en que ha terminado con la resolución que aprobó el susodicho deslinde, y también lo es que, conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, ello ha sido realizado por órgano manifiestamente incompetente ex artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que procede la estimación del recurso y la declaración de nulidad de la resolución impugnada.

TERCERO.- No concurren circunstancias de mala fe o temeridad que determinen la imposición de costas a ninguna de las partes, conforme al artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso presente,

FALLO

Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DON Manuel, DOÑA Piedad, DOÑA María Esther y DON Simón contra la Resolución de la **DIRECCIÓN GERENCIA DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO, DE LA AGENCIA ANDALUZA DEL AGUA**, de fecha 4 de junio de 2010, que desestima el recurso de alzada formulado contra la Resolución **DIRECCIÓN GENERAL DE DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO** del citado Organismo, de fecha 25 de febrero de 2010, de que más arriba se ha hecho expresión, actos administrativos que declaramos nulo de pleno derecho, y sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en este recurso.

Líbrese testimonio de esta sentencia para su unión a los autos.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.