



Roj: **STSJ EXT 16/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:16**

Id Cendoj: **10037330012016100016**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2016**

Nº de Recurso: **267/2015**

Nº de Resolución: **12/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCENARIO VILLALBA LAVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00012/2016

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S.M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA NUM.12

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS :

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO /

En Cáceres a catorce de Enero de dos mil dieciséis.-

Visto el recurso contencioso administrativo nº **267/15** , promovido por la Procuradora Sra. Bueso Sánchez en nombre y representación del recurrente **SOBRINO HERMANOS S.A** , siendo demandada **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado ; recurso que versa sobre detracción de aguas subterráneas de una captación que no tiene reconocidos los derechos de riego .

Cuantía: 14.378,04 euros .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.-

SEGUNDO .- Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entregó el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada; dado traslado de la demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.-



TERCERO .- Concluido los trámites de prueba o en su caso conclusiones, las partes interesaron cada una de ellas se dictara sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de sus escritos de demanda y contestación a la misma, señalándose seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el fijado.

CUARTO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el lltmo. Sr. Magistrado-Especialista **D. MERCENARIO VILLALBA LAVA** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Del examen del expediente administrativo se extrae que el 18-7-2013 se extendió denuncia a la recurrente por detracción de aguas subterráneas de una captación que no tiene reconocidos los derechos de riego, encontrándose situado el pozo a 12 mts de la toma A de la concesión 51/85, con indicación de sus coordenadas para el regadío de 70 Ha de viña en espaldera, en viñedos situados en la parcela 42 del polígono 22 y en la parcela 205 del polígono 32, señalándose en tal denuncia, que la captación denunciada no cuenta con un contador volumétrico, que sí tiene la toma A pero que no cumple con ITC y no funciona, acompañándose fotografías del cultivo y regadío de la toma A de la concesión 51/1985 y de la captación denunciada.

El 2-12-2013 el director del programa emitió informe en donde se describían la superficie regada por el pozo no autorizado y se describían las concesiones existentes y los 8 pozos que suministraban a 2 de las 3 balsas (A y C), calculando el volumen consumido y valorando los daños.

Se señala en la demanda que el regadío de sus terrenos comenzó por una solicitud de concesión 51/85 otorgada en 1988, y que entró en vigor en 1990 con derivación de agua a través de 11 pozos entubados y enlazados entre sí mediante una red de tuberías, siendo modificada la concesión para el regadío de viñedo y ampliación de superficie a 378 Ha.

SEGUNDO .- Alega la recurrente una serie de excepciones formales y otras de fondo. Con relación a las primeras, referentes a que no se le citó para el levantamiento de la denuncia, las alegaciones que presentó que no han sido examinadas, no se le han admitido determinadas pruebas se conectan con las razones referentes al fondo, de ahí que por razones de economía procesal debamos examinar el fondo de la cuestión planteada, ya que carece de sentido decretar nulidades o retrotraer actuaciones, constando en las actuaciones una sustanciación de la controversia, dando lugar a unas dilaciones innecesarias.

TERCERO .- En cuanto al fondo de la cuestión destaca la recurrente que el pozo denunciado constituye una captación autorizada ratificada y confirmada por la propia Administración Hidráulica desde 1990, ya que se autorizó que la balsa se quedase fuera del cauce, de manera que el pozo denunciado cuya clausura se acuerda es el mismo que ya fue denunciado en 2003, como reconoce en el informe emitido el 15-12-2014 por el jefe de aguas subterráneas y tras las comprobaciones oportunas de los técnicos se ordenó su archivo, al tratarse de un pozo certificado en el acta de 13-10-90 amparado en la concesión 51/85, considerando en este sentido concluyente el informe de 16-3-2994 emitido por el Servicio de Vigilancia del Dominio Público Hidráulico, que reconoce la existencia de la captación en sustitución de la concesión otorgada en su día, en sustitución de la existente y a una distancia de 15 mts de aquélla y a 7 metros del borde del cauce de la Rambla de Santa Cruz, negando que existiera 12 mts entre la denunciada y la que se considera autorizada, dadas las casi inapreciables diferencias de las coordenadas y que coinciden con las del pozo denunciado en 2003, y teniendo en cuenta las diferentes épocas de las mediciones, reconociendo el Sr. Abelardo , que hace en el informe para esta sanción (folios 87 y ss del expediente), que se trata de un mismo pozo, el denunciado en 2003 y el denunciado actual, de manera que la Administración no puede volver sobre tal cuestión, doctrina de los actos propios, considerando que tal punto de toma se encuentra desde 1990, y que en 2006 se entendió que no se había producido ninguna modificación, viniéndose también a ratificar tal cuestión en la certificación de 5-11- 2008 y en las actas levantadas sobre el terreno en 2010, con el mismo punto de toma, acompañándose en defensa de la tesis que se defiende un informe técnico que señala que habría una distancia de 3 y 1 mts entre las coordenadas del pozo denunciado respecto de las originarias señaladas, siendo el mismo aprovechamiento que el pozo denunciado, que el punto 4 nunca ha estado operativo, alegando en su defensa la recurrente, la ausencia de culpabilidad en cualquier caso, señalando que tal pozo sí que dispone de caudalímetro como consta en el acta de reconocimiento levantada sobre el terreno de 8-3-2010 y se informa por el perito actuante, entendiendo que dados los pozos existentes y el cultivo del viñedo en gran superficie, no consta ni que las fotografías sean de los pozos imputados ni que el agua usada para el regadío sea de este pozo, dada su interconexión.

El Sr. Abogado del Estado destaca el informe practicado por la Administración obrante a los folios 87 y ss del expediente administrativo, que señala que tal pozo ya se denunció en 2003 y no se encuentra amparado



en la concesión, destacando que la concesión lo era para aguas superficiales y aquí estamos hablando de subterráneas, no siendo el archivo ningún pronunciamiento jurídico con precedente invocable, pudiéndose apartar la Administración del precedente cuando éste sea contrario a Derecho, ya que la apertura de un pozo para sustituir a una captación autorizada supone una vulneración de las condiciones de la concesión, según tiene declarada esta Sala, no contando la captación con contador volumétrico.

CUARTO.- Para resolver adecuadamente el caso que nos ocupa entendemos que deben tenerse presente las siguientes circunstancias: 1) Que nos encontramos en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, al que se deben aplicar, mutatis mutandi, los principios informadores del Derecho Penal, en tanto que ambos constituyen manifestaciones del ius puniendi del Estado, exigiéndose en ambos casos una prueba solvente, obtenida con las debidas garantías sobre la realización de un hecho que contraviene la normativa y se encuentra debidamente tipificado. 2).- Que el terreno de referencia existe un poder de policía de la Administración actuante, que ha intervenido en numerosas ocasiones para verificar las cuestiones para las que el recurrente solicitaba permiso y para verificar la legalidad de la actuación del recurrente.

Entendemos también que es cierto que la Administración puede apartarse del precedente, y que debe reprimir las conductas antijurídicas, pero de igual manera constituye un indicio, que una determinada conducta no la ha considerado ilícita en un determinado momento, justificándola en la legalidad y después entienda que no es así, sin variar las circunstancias.

El asunto que nos ocupa debe ser observado desde la perspectiva del Derecho Administrativo sancionador en que nos encontramos, y si bien es cierto que en la denuncia se relata lo expuesto, el dictamen técnico pericial presentado por la parte viene a desvirtuar y aclarar lo sucedido (es cierto que las alegaciones o constataciones de los agentes de la autoridad o del personal colaborador gozan de una cierta presunción, pero es admitida la prueba en contrario, especialmente en estas materias técnicas), y si a ello le unimos el previo informe técnico que la propia CHG elaboró en 2004 a consecuencia de la denuncia entonces formulada, que justificaba la existencia de tal pozo y lo consideraba legal, y que el informe ahora practicado por el Sr. Abelardo reconoce que se trata del mismo pozo de 2003, existiendo comprobaciones de la propia CHG en 2008 y 2010, entendiéndose conforme con la originaria concesión todo lo existente, y respecto del contador volumétrico, ahora se dice por la Administración que existe, a diferencia de la denuncia, si bien no lo entiende adecuado por las circunstancias de ubicación que señala en el folio 90 de las actuaciones.

De todo lo expuesto podemos concluir que, dejando a salvo el poder de la policía e investigación que ostenta la Administración en la materia para verificar el funcionamiento de la concesión y que se acomoda a la autorizada, si bien, en las circunstancias expuestas no pueden servir las actuaciones para fundar válidamente una sanción, especialmente si se tiene presente el acta de reconocimiento sobre el terreno de 12-3-2010, que realizó el Sr. David , Jefe de Area de Gestión de la CHG y varios colaboradores que se pronuncian expresamente sobre la cuestión que nos ocupa, señalando que no se han producido en este punto modificaciones desde 1990 y que la cuestión también fue averada en 2008, (ver doc. nº 7 del escrito de interposición) y en otras diversas ocasiones, de ahí que si tal modificación, como se señala fuese de 2003, tales técnicos, que tienen un conocimiento más preciso de todo lo actuado, lo hubiesen constatado, y además no se hubiesen pronunciado expresamente por su legalidad, como se hace.

Todo lo expuesto nos conduce a la estimación del recurso interpuesto y a anular la resolución impugnada.

QUINTO.- En materia de costas rige el art. 139 de la Ley 29/98 que las impone siguiendo un criterio objetivo de vencimiento.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto debemos de estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Sobrino Hermanos S.A contra la resolución de la CHG recaída en el ES 1171/13/CR a que se refieren los presentes autos, y en su virtud la debemos de anular y anulamos por no ser conforme a Derecho, y todo ello con expresa condena en cuanto a costas para la recurrida.

Contra la presente sentencia no cabe recurso de casación.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez adquirida firmeza, remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo acordado en el procedimiento.



Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ