



Roj: **STSJ EXT 41/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:41**

Id Cendoj: **10037330012016100032**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2016**

Nº de Recurso: **336/2015**

Nº de Resolución: **13/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ELENA CONCEPCION MENDEZ CANSECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD**

**CACERES**

SENTENCIA: 00013/2016

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

**SENTENCIA NUM.13**

**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 veintiuno de Enero de dos mil dieciséis.-

Visto el recurso contencioso administrativo nº **336/15** , promovido por la Procuradora Dª MARIA FATIMA ORDOÑEZ CARBAJAL, en nombre y representación del recurrente DON Obdulio , siendo demandada **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; recurso que versa sobre una infracción leve por incumplimiento de las condiciones de la inscripción del pozo nº NUM000 .

**Cuantía:** 13.857,39 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 **D<sup>a</sup> ELENA MÉNDEZ CANSECO**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La Resolución recurrida, la dicta la Confederación Hidrográfica del Guadiana con fecha 19 de junio de 2015 que impone al actor D. Obdulio una sanción de 12.000 euros y una indemnización de 1857,99 euros con advertencias; por considerarlo autor de una infracción leve por incumplimiento de las condiciones de la inscripción del pozo nº NUM000 . La actora insta la anulación dela Resolución recurrida y la demandada insta la confirmación.

Del examen del expediente administrativo se extrae que se extendió denuncia a recurrente el 23 de julio de 2.013 por incumplimiento de las condiciones del expediente de inscripción NUM000 al regar un total de 41,80 hectáreas en parcelas diferentes no amparadas en el expediente de inscripción. En la denuncia se mencionó expresamente que la parcela autorizada no había sido regada. El agua utilizada ascendió a 56.793,47 metros cúbicos; siendo el permitido para las 8,38 hectáreas de viña autorizadas, 12.570 metros cúbicos. Se tipificó la infracción como menos grave con base en lo dispuesto en el artículo 316 c) del reglamento en la redacción dada por el Real Decreto 670/2013 , apreciando las agravantes de reiteración por haber sido sancionado en dos ocasiones anteriores, el volumen de agua utilizado, y el Acuífero sobreexplotado. Se sancionó con multa de 12.000, y una indemnización de 1857,39 euros.

El 10 de octubre de 2014 se suscribió informe por el Director del Programa Arsenio , Ingeniero de Obras Públicas especializada de hidrología en donde se identificaban pormenorizadamente el lugar y la superficie regadío y se atribuía un consumo de agua sobre la base del apartado 5º del régimen de explotación para el año 2013 de la Unidad Hidrogeológica de la Mancha Occidental y la valoración de daños de dominio público hidráulico aplicando el acuerdo de la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Guadiana de fecha 11 de diciembre de 2013, que establece los criterios técnicos para la valoración de daños al dominio público hidráulico, con el coste unitario del recurso de 0,042 euros señalando que se habían consumido en exceso 44.223,47 metros cúbicos (resultado de la diferencia entre los 12.570 permitidos y los 56.793,47 totales consumidos y se habían generado 1.857,39 euros de daños al dominio público hidráulico.

Junto al citado informe del referido técnico se adjuntaba Resolución de la existencia de la captación referenciada con anterioridad, especificándose que las 8,38 autorizadas tenían derecho a un volumen máximo de 35.850 metros cúbicos según el título de inscripción.

El 12 de noviembre de 2014 se notificó el pliego de cargos de 27 de octubre, en donde se imputaba la comisión de una infracción menos grave de acuerdo con los arts. 116.3) apartado c ) y g ) de la Ley de Aguas y 316. i del RDPH. La Resolución dictada lo fue de conformidad con el pliego de cargos. La actora alega que no existe la infracción por haber solicitado el cambio de características, inexistencia de agravantes, error en la determinación del caudal utilizado sí como falta de tipicidad.

**SEGUNDO** .- Se imputa al recurrente el riego de superficie distinta de la permitida en la inscripción de su aprovechamiento y, por tanto, la detracción de más agua que la autorizada. Tiene a su favor un aprovechamiento inscrito con el que se permite el riego de 8,38 hectáreas derecho a un volumen máximo de 35.850 metros cúbicos. Este volumen máximo no es aceptado por la propia Resolución que lo fija en la cantidad de 12.570 metros cúbicos conforme a la tabla de dotaciones fijada en el Régimen de Explotación para el año 2014, que prevé para la viña una dotación de 1.500 metros cúbicos por hectárea.

A la vista del expediente, la Sala considera acreditado el riego con el indicado pozo de las parcelas que se especifican en los distintos informes. El boletín de denuncia es suscrito por el servicio de vigilancia del dominio público hidráulico, firmada por funcionario público y se acompaña de fotografías acreditativas de la explotación, los cultivos, los pozos y las canalizaciones para riego. La denuncia se completa con un informe suscrito por un ingeniero técnico agrícola en el que, con base en la denuncia, procede a cuantificar los daños en virtud de la tabla de cultivos y período de riego establecidos en el Régimen de Explotación para el año 2013 de la Unidad Hidrogeológica de la Mancha Occidental (D.O.C.M. 5 de diciembre de 2012). Queda, por tanto, acreditado, que el demandante procedió a regar con el pozo denunciados una superficie distinta que la que dicho aprovechamiento permite.



Veremos a continuación si se ha detruido más volumen de agua del permitido.

**TERCERO.-** Es cierto que el agua utilizada es procedente de un pozo inscrito y autorizado para determinada superficie. Ya se ha dicho por esta Sala en otras ocasiones que quien es titular de un aprovechamiento de aguas subterráneas para riego de una finca y que riega con ella más superficie de la autorizada en la resolución de inscripción, comete la infracción tipificada en el art. 116.3.c) del TRLA, pues existe una modificación de las condiciones del aprovechamiento, ya que se le permite el riego de determinada superficie y procede a regar una superficie distinta y/o mayor. El art. 61.2 del TRLA refiere, al tratar de las condiciones generales de las concesiones, que " *el agua que se conceda quedará adscrita a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros distintos, ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos, con la excepción de lo previsto en el art. 67* " (relativo al contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas). Ello no significa que los usos y condiciones no puedan ser sustituidos por otros, pero será la Administración concedente quien deberá aprobarlo, tal y como se desprende del apartado 3 del mismo art. 61 -que permite a la Administración imponer la sustitución del caudal por otro distinto con el fin de racionalizar el aprovechamiento-, o del apartado 4 -donde se dispone que la concesión podrá prever la aplicación del agua a distintas superficies de forma alternativa o sucesiva, o un perímetro máximo-. En todo caso, lo necesario es que el título concesional recoja expresamente esta posibilidad o que la Confederación lo autorice con carácter previo. Además de todo ello, " *toda modificación de las características de una concesión requerirá previa autorización administrativa del mismo órgano otorgante* " (art. 64 TRLA).

En el presente caso, la recurrente, que no ha obtenido autorización para la acumulación de dotaciones o cambio de características, ha procedido unilateralmente a modificar las condiciones de inscripción del aprovechamiento, que sólo le permite el riego de 8,38 hectáreas en determinada parcela, y riega otras. Esta conducta por sí sola es constitutiva de infracción, consistente en incumplir las condiciones impuestas en una concesión o autorización administrativa.

**CUARTO.-** A la hora de calcular los daños al dominio público hidráulico -exceso de agua consumida respecto a la autorizada- la CHG procede a cuantificar los daños en virtud de la tabla de cultivos y período de riego establecidos en el Régimen de Explotación para el año 2014 de la Unidad Hidrogeológica de la Mancha Occidental. Debe destacarse que en los Regímenes de Explotación se dispone expresamente que antes del inicio del período de riegos es necesario disponer de lectura del caudalímetro certificada por la correspondiente Comunidad de Regantes y que se remitirán a la Confederación Hidrográfica del Guadiana las correspondientes certificaciones de lecturas finales. A falta de caudalímetros, cuando su funcionamiento sea incorrecto o contrario al Plan de Ordenación de las Extracciones, el control se llevará a cabo aplicando la tabla de cultivos correspondiente. Esta tabla es aprobada e incluida en el indicado Régimen. Son funciones de la Junta de Gobierno de los Organismos de Cuenca aprobar los criterios generales para la determinación de las indemnizaciones por daños (art. 28.j) TRLA y 118 TRLA, en relación con el art. 326.1 RDPH). El art. 55.4 TRLA dispone que " *la Administración hidráulica determinará, con carácter general, los sistemas de control efectivo de los caudales de agua utilizados y de los vertidos al dominio público hidráulico que deban establecerse para garantizar el respeto a los derechos existentes, medir el volumen de agua realmente consumido o utilizado, permitir la correcta planificación y administración de los recursos y asegurar la calidad de las aguas. A tal efecto, los titulares de las concesiones administrativas de aguas y todos aquellos que por cualquier título tengan derecho a su uso privativo, estarán obligados a instalar y mantener los correspondientes sistemas de medición que garanticen información precisa sobre los caudales de agua en efecto consumidos o utilizados y, en su caso, retornados* ".

En definitiva, no se puede admitir la lectura del caudalímetro que pretende la actora por cuanto no consta que el recurrente haya procedido a remitir las lecturas de sus caudalímetros en la forma obligada por lo que con su conducta está obligando a la Confederación a acudir al sistema de consumos cuya validez cuestiona, y que tiene en cuenta para su cálculo el tipo y modo de cultivo y la superficie regada. La propia Confederación en su denuncia admite que la parcela autorizada no ha sido regada.

**QUINTO.-** De lo expuesto hasta ahora resulta acreditado que el demandante ha procedido al riego de más superficie que la expresamente autorizada en el título de inscripción de su pozo. Nunca obtuvo la autorización que pretendió. Los daños que se le imputan se calculan en función de la superficie regada no autorizada.

Además la Confederación, deduce los derechos de riego de la parcela autorizada ya que en la propia denuncia se considera que no ha sido regada. Ello es conforme a Derecho por cuanto los daños al dominio público sólo se producirán por el exceso del total de derechos reconocidos ( sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 2010, recurso 652/2009 , entre otras muchas). La CHG calcula los daños restando el volumen total de agua extraída utilizada y la superación de lo permitido (12.570 metros cúbicos, que es la dotación para el año que nos ocupa, con lo que el total excedido es de 44.223,47 metros cúbicos, que multiplicados por el coste unitario nos da un total de 1.857,39 euros. No es factible pretender como hace la actora, deducir los metros cúbicos de



otras dotaciones en base a la alegación que por primera vez desarrolla brevemente en su demanda, al decir que dispone de otros aprovechamientos que no han sido regados, sin aportar prueba alguna al respecto. Así las cosas hemos de tener por cierto el volumen considerado por la Confederación la cual deniega la acumulación de dotaciones y frente a la misma no se objeta el no riego de las otras parcelas autorizadas, salvo la objeto del recurso, y no se prueba mínimamente tal hecho. Tampoco podemos aceptar como prueba suficiente la documental aportada por la actora con su demanda referida a que no se regaron en su totalidad las parcelas según se afirma por el presidente de la Comunidad de Regantes, que no da fé de lo que afirma con la sola presencia de una inspección ocular, ni la afirmación del mismo Organismo respecto de la lectura del caudalímetro en determinada fecha sin mencionar la misma y sin que se haya remitido en forma tal lectura.

Por lo expuesto, la actora no logra desacreditar los métodos de valoración de los daños empleados por la demandada, ni el cálculo de los mismos.

Por tanto, la infracción leve llevará una indemnización de esa cantidad; y en cuanto a la sanción, es lo cierto que la Resolución estima la concurrencia de la agravante de reiteración exceso de superficie en relación con el agua consumida y la de ser un acuífero declarado sobreexplotado.

Este Tribunal al respecto de la reiteración o reincidencia ha afirmado que:

" La reincidencia , por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme. En tal sentido la STS de 30 septiembre de 2011 : "En segundo lugar, a diferencia de lo que propugna la recurrente, la tesis de instancia sobre la aplicación de la reincidencia cuando la sanción es "firme en vía administrativa" resulta conforme con la doctrina jurisprudencial que esta Sala ha fijado finalmente, desde hace años, respecto de la "firmeza" de los actos administrativos sancionadores a tenor del ya citado artículo 131.3 de la Ley 30/1992 , superando vacilaciones anteriores.

En efecto, la doctrina expuesta en la sentencia de 24 de octubre de 2000 al resolver el recurso de casación número 4553/1996 confirmada en la de 11 de marzo de 2003 al resolver el recurso de casación número 541/2001 y reiterada en pronunciamientos ulteriores, es la que sigue:

"(...) El artículo 131.3.c) de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común se refiere directamente a la gradación de la sanción prevista en la norma con carácter general, pero no cabe duda de que el principio recogido en él, aun cuando no resulta igualmente aplicable cuando la agravación por reincidencia está expresamente prevista en aquélla, tiene, también en estos supuestos, un valor interpretativo innegable.

Pues bien, su aplicación exige determinar si cuando dicho precepto legal utiliza la expresión 'resolución firme' se refiere a la firmeza en vía administrativa o jurisdiccional. La primera concurre cuando el acto administrativo no es susceptible de recurso ordinario administrativo alguno, incluido el potestativo de reposición; la segunda, cuando el acto administrativo ha sido consentido o ha sido confirmado por sentencia judicial firme.

(...) En la jurisprudencia existen vacilaciones en este punto. Algunas sentencias, como las de 12 de marzo de 1990 y 22 de abril de 1992, recurso núm. 5385/1990 declaran que, dejando a un lado el debate doctrinal acerca de la significación de la reincidencia , en nuestro ordenamiento jurídico se configura como una agravante para cuya virtualidad es necesaria, en Derecho Penal, condena anterior por sentencia firme y, en el ámbito jurídico-administrativo, resolución sancionadora firme de la Administración 'parece sobreentenderse que esta firmeza se refiere a la vía jurisdiccional'. Una doctrina similar se refleja en las sentencias de esta Sala de 7 de abril de 1999, recurso contencioso-administrativo núm. 649/1994 5 de septiembre de 1995 , y 20 de julio de 1993, recurso núm. 8138/1990 , las cuales aluden al requisito de la firmeza sin precisar si se trata de firmeza administrativa o jurisdiccional. La primera de ellas, de modo inequívoco, considera que el requisito de la firmeza no concurre por hallarse pendiente un recurso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora (firme en vía administrativa). Separándose del criterio implícito o explícito en las sentencias citadas, otras sentencias, como las de 13 de julio de 1992, recurso núm. 2654/1989 , 2 de junio de 1989 y 23 de junio de 1987 , refieren expresa y precisamente el requisito de la firmeza a la vía administrativa.

La aplicación analógica de lo dispuesto respecto de esta agravante en el artículo 10.15 del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos, y en el artículo 22.8 del vigente en la actualidad, lleva a considerar como presupuesto para la aplicación de la reincidencia el carácter ejecutorio de la condena anterior, cosa que presupone, en el ámbito penal, la existencia de una sentencia firme, mas no en el administrativo. En éste, por efecto del principio de autotutela administrativa, basta que el acto sancionador haya adquirido firmeza en vía administrativa para que sea ejecutivo, aun cuando pueda hallarse pendiente un recurso contencioso-administrativo en el que no se haya acordado una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto sancionador ( artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común .



Por otra parte, la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común emplea la expresión «firme» refiriéndose preferentemente, cuando de una resolución administrativa se trata, a la imposibilidad de interponer contra ella recursos administrativos ordinarios y, por ende, contemplando sólo la firmeza en vía administrativa y no la firmeza en vía jurisdiccional (v. gr., artículos 102.4, 108, 115.1 III y 118.1) y sólo en algún caso resulta dudoso este sentido de la expresión (v. gr., art. 132.3).

En el mismo sentido, la exigencia de firmeza jurisdiccional de la sanción o sanciones anteriormente impuestas, dado el tiempo que puede tardar en resolverse el recurso contencioso-administrativo, convertiría, en contra de la finalidad de la Ley, en virtualmente inaplicables los preceptos en que se prevé dicha agravante referida a la comisión de sanciones en periodos breves - como lo es, a estos efectos, el plazo de un año fijado en el citado artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común pues durante su transcurso resulta difícil que haya podido terminarse el expediente sancionador, agotarse la vía administrativa y tramitarse el recurso contencioso-administrativo en su totalidad, incluidos los recursos de apelación o de casación, en su caso- o cuando se exige la reiteración de más de una de ellas, como ocurre cabalmente en el caso resuelto.

Por ello parece preferible la interpretación de que, para que pueda aplicarse la circunstancia de reincidencia para una calificación más grave de la conducta sancionable o para la agravación de la sanción prevista en la norma sancionadora, sólo será necesaria la firmeza en vía jurisdiccional del acto sancionador previo cuando explícitamente sea exigida por la norma, pero no cuando se exija genéricamente la firmeza de la resolución administrativa, como ocurre en el supuesto del artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común y en el que corresponde al caso enjuiciado en este proceso. En estos supuestos bastará, por ende, la firmeza en vía administrativa de la resolución sancionatoria, determinante de la ejecutividad del acto decisorio." Ciertamente es por tanto que se impone la sanción en el máximo del grado máximo, si bien se argumentan las agravantes. Es decir el uso en un acuífero explotado, el volumen y la reiteración al haber sido sancionado en otro expediente con carácter firme y por tanto con independencia de la resolución judicial final. Así pues constatada la existencia de la agravante y que la sanción se interpone dentro del grado medio, entendemos como correcta la sanción sin que pueda hablarse de violación del principio de proporcionalidad."

Pues bien, utilizando similar criterio hemos de considerar que la tipificación como menos grave es correcta, y habiendo sido impuesta en el grado mínimo, el acto recurrido es ajustado a Derecho. Por todo lo expuesto, acreditada la existencia de infracción, procede desestimar el recurso interpuesto.

**SEXTO.-** Vista la desestimación del recurso se imponen las costas causadas a la actora, conforme al art. 139 LJCA .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por la Procuradora Sra. Ordóñez Carbajal, en nombre y representación de Obdulio ., contra la Resolución de 19 de junio de 2015 de la Confederación Hidrográfica del Guadiana dictada en Expediente Sancionador E.S. NUM001 y, en consecuencia confirmamos el acto recurrido, condenando a la actora al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso de casación.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio, 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 resuelto en el procedimiento.

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