



Roj: **STSJ EXT 298/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:298**

Id Cendoj: **10037330012016100157**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2016**

Nº de Recurso: **202/2015**

Nº de Resolución: **104/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **RAIMUNDO PRADO BERNABEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA: 00104/2016

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 Nº 104

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 Veintinueve de Marzo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala el Procedimiento Ordinario nº **202** de **2015** , promovido ante este Tribunal a instancia de la Procuradora Sra. Ramírez-Cárdenas Fernández de Arévalo, en nombre y representación de **EXPLORACIONES Y DESARROLLOS EL BERNARDO, S.L.**, siendo parte demandada la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** , defendida y representada por el Abogado del Estado; recurso que versa sobre Resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, de fecha 18 de Febrero de 2015, dictada en Expediente E.S. 1056/14/CR, en relación a incumplimiento de las condiciones de la inscripción.

Cuantía: 19.782,26 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 parte demandada; y 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 .- Recibido el recurso a prueba, se admitieron y practicaron las declaradas pertinentes por la Sala, obrando en los ramos separados de las partes, declarándose concluso este período, se pasó al de conclusiones, donde las partes evacuaron por su orden interesando cada una de ellas se dictara sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de sus escritos de demanda y de contestación a la misma, señalándose seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el plazo fijado.

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado **D. RAIMUNDO PRADO BERNABEU**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se somete a examen de la Sala a través de Recurso Contencioso- Administrativo, la Resolución de la CHG de fecha 18 de febrero de 2015, recaída en expediente sancionador ES 1056/14/CR en materia de Aguas.

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 en concreto de 90434,78 m³ en 80 hectáreas no amparadas. Tiene a su favor otros aprovechamientos inscritos ascendiendo a 219,34 hectáreas y volumen máximo anual de 329000m³, pese a discrepar de dicha cantidad, si bien las captaciones se encuentran en otros polígonos y parcelas diferentes. Se catalogan los hechos dentro del apartado c) del art. 116, se califica como menos grave y se aplican agravantes. Se sanciona con 16000 euros y una indemnización de 3798, 26 euros. La parte alega infracción de la presunción de inocencia, ausencia de visitas de campo, posesión de caudalímetro y error en el cómputo ya que posee captaciones y derechos inscritos superiores al volumen que se dice consumido en exceso.

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, firmadas por funcionarios públicos 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 2014 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. Para llegar a entender que se han cometido os hechos, no es necesaria la realización de posteriores visitas, bastando la realizada el concreto día de la denuncia.

Veremos a continuación si se ha detraído 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, ha procedido al riego de una superficie superior y distinta a la autorizada Esta conducta por sí sola es constitutiva de infracción, consistente en incumplir las condiciones impuestas en una concesión o autorización administrativa, incardinable en el apartado c del art 116.

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, la discusión existente en el litigio acerca de la homologación o no del caudalímetro y su adecuación a la Directiva, se torna en cierto modo superflua. En este caso, no nos consta que se procediese por la parte a la remisión de las lecturas ni a que se aporten de manera fidedigna. Así pues, no se trata tanto ya de la fiabilidad del caudalímetro como de una conducta omisiva de la parte obligada que tendrá que asumir consecuencias, que no son otras que la medición y el cómputo a través de las estimaciones subsidiarias normativamente previstas.

QUINTO .- 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. Pero incluso aunque ello no fuese así, la documental aportada por la Confederación determina que los pozos de los que se posee Derecho, se encuentran a una distancia considerable, por lo que ni siquiera podría entenderse la existencia de una explotación

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 diversas agravantes

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 39/92 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. 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 .

Por otra parte, la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo 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 , 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 de la LJCA .

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

FALLAMOS

DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por la Procuradora Sra. Ramírez-Cárdenas Fernández de Arévalo, en nombre y representación de EXPLOTACIONES Y DESARROLLOS EL BERNARDO, S.L., contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadiana dictada en Expediente Sancionador 1056/14/CR a la que se refiere el primer fundamento 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.