



Roj: **STS 3455/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3455**

Id Cendoj: **28079130042013100169**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **14/06/2013**

Nº de Recurso: **516/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3455/2013,**
AATS 7054/2013,
STS 4857/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Junio de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo nº 516/2011 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Antonio de Palma Villalón, en nombre y representación de Dña. Andrea , contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de junio de 2011, sobre sanción administrativa.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso, el día 26 de julio de 2011, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de fecha 17 de junio de 2011, que estima en parte el recurso potestativo de reposición interpuesto por la ahora recurrente, Dña. Andrea , contra el Acuerdo anterior de fecha 14 de septiembre de 2007, al cambiar la calificación de la infracción que pasa de muy grave a grave y rebajar la sanción impuesta a 109.889,39 euros, manteniéndose todo lo demás.

SEGUNDO .- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

En el escrito de demanda, tras hacer las consideraciones que estimó por conveniente, se solicita la estimación del recurso contencioso administrativo, la anulación de los dos Acuerdos del Consejo de Ministros que se impugnan –la imposición de la sanción y la estimación en parte de la reposición–, por considerar que no son conformes a Derecho.

TERCERO .- Habiéndose dado traslado a la Administración General del Estado del escrito de demanda, por el Abogado del Estado se presenta escrito de contestación en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso y se declare que el acto administrativo recurrido es conforme a derecho.

CUARTO .- Solicitado el recibimiento a prueba, la Sala acordó, mediante auto de 18 de mayo de 2012, recibir el proceso a prueba.

Practicadas las pruebas propuestas por la parte recurrente, con el resultado que consta en las actuaciones, se confirió trámite de conclusiones.



QUINTO .- Evacuado por ambas partes el trámite de conclusiones quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

SEXTO .- Se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el 11 de junio de 2013, fecha en la que tuvo lugar.

Siendo Ponente la Excm.a. Sra. D^a. Maria del Pilar Teso Gamella, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso contencioso-administrativo el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de fecha 17 de junio de 2011, que estima en parte el recurso potestativo de reposición interpuesto por la ahora recurrente, Dña. Andrea , contra el Acuerdo anterior de fecha 14 de septiembre de 2007, al cambiar la calificación de la infracción que pasa de muy grave a grave y rebajar la sanción impuesta a 109.889,39 euros, manteniéndose la resolución en todo lo demás.

Interesa destacar que el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 14 de septiembre de 2007, impugnado en reposición, había impuesto a la mentada recurrente una multa de 300.506,06 euros, con la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico en 54.857,16 euros.

Los hechos por los que se impone la sanción que se impugna se refieren a la derivación y extracción de aguas subterráneas sin autorización del caño Guadiamar, en el sitio denominado "Hato Blanco Viejo", en el término municipal de Aznalcazar (Sevilla).

Y la calificación jurídica de tales hechos se concreta en el tipo previsto en el artículo 116.3.b) del TR de la Ley de Aguas que considera infracción administrativa " *La derivación de aguas de sus cauces y el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización cuando sea precisa* ".

SEGUNDO .- La pretensión de nulidad que ejercita aquí la parte recurrente se sustenta sobre un doble razonamiento.

De un lado se aduce la lesión de algunos principios de la potestad sancionadora (tipicidad y culpabilidad), y de otros principios del procedimiento sancionador (presunción de inocencia y derecho de defensa), según la sistemática legal que hemos seguido y que establecen los Capítulos I y II del Título IX, " *de la potestad sancionadora* " de la Ley 30/1992.

Y, de otro, se combate la valoración de los daños causados al demanio hidráulico y se indica que no existe ninguna valoración válida de tales daños.

La Administración recurrida, por su parte, tras relacionar el historial de infracciones por las que ha sido sancionada con anterioridad la Comunidad de Bienes DIRECCION000 y resumir los hechos que deduce del expediente administrativo, sostiene que la recurrente se limita sistemáticamente a negar la realidad de los hechos imputados, con olvido de las actuaciones administrativas, que ni siquiera combate. Respecto de la valoración de los daños, se indica que se ha aplicado el artículo 326 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico y según la circular del Comisario de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 26 de septiembre de 2002 (antes de la aplicación de la Orden MAN/85/2008, de 16 de enero), cuya valoración del m³ se cifra en 0,24 euros.

TERCERO .- El primer bloque de cuestiones que se esgrimen en el escrito de demanda tienen un común denominador: que no ha existido infracción administrativa. Esta afirmación se sustenta, como ya hemos señalado y ahora recordamos, sobre un alegato que mezcla la lesión de diversos principios de la potestad sancionadora (tipicidad y culpabilidad) y del procedimiento sancionador (presunción de inocencia y derecho de defensa), si atendemos a la sistemática legal que establecen los Capítulos I y II del Título IX, " *de la potestad sancionadora* " de la Ley 30/1992.

La impugnación que se hace del acto recurrido no puede ser más genérica, pues se limita a negar los hechos por los que se impuso la sanción que se impugna y a insistir en su inexistencia, sin hacer referencia alguna al contenido del expediente administrativo y a la prueba de cargo que en el mismo se construye. Completa esa exposición con la cita y transcripción de una sentencia del Tribunal Constitucional y tres sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas, que se refieren a cuestiones generales relativas a la presunción de inocencia y a las garantías de aplicación en los procedimientos sancionadores.

La parte recurrente en ningún momento desciende al expediente administrativo para poner de manifiesto, y concretar, la conculcación de una garantía o de alguno de los principios que invoca. Hacemos salvedad de la cita que se hace del folio 43 del expediente administrativo cuando se anula la medida cautelar propuesta



por el Informe sobre valoración de la denuncia, de fecha 27 de diciembre de 2005, y se sustituye por otra media cautelar consistente en el precintado de las instalaciones de rebombeo a la parte sur del Caño de Guadiamar. De modo que no se anula la cautela administrativa inicialmente adoptada porque no hayan tenido lugar los hechos por los que inicia el procedimiento sancionador, sino porque debido a la forma de captación, mediante " bombas de rebombeo " se considera más idónea esa segunda medida cautelar de precintado de las instalaciones que permiten dicho rebombeo.

CUARTO .- Aunque lo expuesto en el fundamento anterior, sobre el carácter genérico del alegato esgrimido, sería suficiente para la desestimación del recurso contencioso administrativo en lo relativo a la existencia de una prueba de cargo, pues ni se cita ni combate específicamente el contenido del expediente y, por tanto, de la prueba que acredita los hechos que integran el ilícito administrativo previsto en el artículo 116.3.b) del TR de la Ley de Aguas , sin embargo seguidamente veremos cómo en el expediente administrativo consta esa prueba suficiente sobre los hechos que integran la contravención administrativa.

Consta en el expediente administrativo que en diversos días de 2005 (29 de junio, 20 de julio, 25 de agosto y 28 de septiembre) el Servicio de Vigilancia del Dominio Público Hidráulico inspeccionó la finca de la recurrente y comprobó que se estaba captando agua del Caño Guadiamar para el cultivo de algodón, sin la correspondiente autorización del organismo de cuenca. En concreto, se deja constancia del funcionamiento de " bombas de rebombeo " que trasvasaban el agua a los cultivos de la finca de la recurrente.

Igualmente, el informe de fecha 21 de febrero de 2006, indica que el riego también se realiza con agua subterránea de la Unidad Hidrogeológica, obtenida mediante pozos inscritos como de aguas privadas, y se trata de parcelas que no tienen derecho para el riego, atendida la situación de los terrenos situados la norte del Caño Guadiamar.

En definitiva, no resulta posible compartir el razonamiento esgrimido por la recurrente sobre la infracción de la presunción de inocencia, cuando consta en el expediente administrativo la comprobación de los hechos, por el Servicio de Vigilancia Ambiental, en el lugar de la captación ilegal de aguas, con la realización de fotografías aéreas que también constan en el expediente administrativo. Y tales hechos han sido avalados por los correspondientes informes técnicos, de los que, como es natural, también se deja constancia en el expediente administrativo. Tampoco se ha lesionado su derecho de defensa cuando se comprueba que la ahora recurrente ha tenido una participación activa en defensa de sus intereses en el procedimiento administrativo sancionador, presentando los correspondientes escritos y haciendo las alegaciones que tuvo por conveniente. En fin, ni la tipicidad ni la culpabilidad se resiente cuando la conducta observada incurre en la descripción precisa del ilícito administrativo, que contiene el artículo 116.3.b) antes citado, y cuando se han captado aguas para las que no se tiene autorización para regar los cultivos, siguiendo con una conducta infractora que ya ha sido objeto de sanciones anteriores.

QUINTO .- No está de más recordar, respecto de la culpabilidad como principio de la potestad sancionadora previsto en el artículo 130 de la Ley 30/1992 , que efectivamente " sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, aun a título de simple inobservancia ". Esta exigencia, en el ejercicio de la potestad sancionadora, comporta que la conducta para ser merecedora de sanción ha de concurrir dolo o culpa del sujeto al que se le imputa, pues no estamos en un sistema de responsabilidad objetiva ajeno a la culpabilidad, como se deduce del indicado artículo 130, y según viene declarando esta Sala con una reiteración que excusa cita. En definitiva, lo cierto es que la recurrente era plenamente consciente de que realizaba una captación de aguas para el riego de sus tierras, sin la correspondiente autorización administrativa.

Tampoco el principio de tipicidad ha resultado lesionado, en los términos que ha sido configurado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como una concreción del principio de legalidad. Como dijimos en nuestra Sentencia de 15 marzo 2012 (recurso de casación nº 171/2011) al resumir lo declarado por la STC 144/2011, de 26 de septiembre , que el derecho fundamental enunciado en el artículo 25.1 de la CE incorpora la regla " *nullum crimen nulla poena sine lege* ", que también es aplicable al ordenamiento administrativo sancionador y comprende una doble garantía, formal y material.

a) La garantía material se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (mandato de taxatividad o lex certa) las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas STC 104/2009 de 4 de mayo , FJ 2 y jurisprudencia allí citada).



b) La garantía formal, por su parte, hace referencia al rango necesario de las normas que tipifican las conductas y sanciones, toda vez que el término "legislación vigente" que se contiene en el artículo 25.1 de la CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (por todas STC 77/2006, de 13 de marzo , y jurisprudencia allí citada).

El principio de tipicidad sirve, en definitiva, a la finalidad de dar a conocer anticipadamente, como sucede en este caso, atendida la vigencia y contenido de la norma sancionadora aplicada, al posible responsable de una infracción, cual es la conducta que ha de observarse para el correcto uso de las aguas, y cuyo incumplimiento configura el ilícito administrativo, previsto en la norma que aplica la resolución administrativa sancionadora.

SEXTO .- Respecto de la valoración de los daños ocasionados al dominio público hidráulico conviene, antes de nada, dejar sentado que la misma se ha realizado con arreglo a la Circular del Comisario de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de 26 de septiembre de 2002, que fija los criterios de aplicación general para la determinación de los daños al dominio público hidráulico en el ámbito de dicho organismo de cuenca.

Pues bien, la expresada Circular de 2002, según la actualización del " *Estudio de impacto socioeconómico de las inversiones en los regadíos de las zonas regables de la cuenca del Guadalquivir* ", fija el daño al demanio hidráulico en 0,24 euros el metro cúbico, al tratarse de riegos en un área no incluida en " *zonas regables con planes coordinados* ".

De manera que, en atención a la naturaleza y cualidad de tales terrenos, la valoración del daño por metro cúbico se cifra en 0,24 euros, y si a ello añadimos que la extensión de la finca sembrada de algodón es de más de 45 hectáreas (concretamente 45,7143), y que en un campaña de algodón se consume una cantidad de agua de 5.000 m³/ha, nos encontramos como resultado, tras multiplicar el consumo de agua de la campaña de riego por la extensión de la finca y dicho resultado por el valor de metro cúbico, que el importe de la valoración de los daños al dominio público hidráulico asciende a 54.857,16 euros.

Esta valoración encuentra su justificación en diversos informes técnicos que obran en el expediente administrativo. Es el caso del informe sobre valoración que consta al folio 10 del expediente administrativo, realizado en fecha 27 de diciembre de 2005 por la Técnica de control y vigilancia del dominio público hidráulico. Asimismo, al folio 13 del mismo expediente, se encuentra el informe del Ingeniero jefe de Aguas Subterráneas de fecha de 21 de febrero de 2005, que avala igualmente el indicado parámetro tomado en consideración para la valoración de los daños.

Esta apreciación de los daños ocasionados al demanio hidráulico se encuentra, en lo que atañe al caso examinado, debidamente justificada a los efectos de los artículos 28.j) y 118 del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 y 326.1 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico , aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, según redacción por Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo. Dicho de otro modo, lo relevante, a los efectos de fijar la indemnización por los daños ocasionados al dominio público hidráulico, es que en el expediente administrativo, que culmina con la imposición de la sanción, se encuentre justificación y motivación suficiente de los daños ocasionados, como sucede en este caso, de modo que tal valoración pueda ser comprendida por el sancionado e impugnada ante los tribunales, y que estos puedan ejercer, por tanto, la función que constitucionalmente tienen encomendada ex artículo 106.1 de la CE .

En definitiva, acreditados los hechos descritos en el ilícito administrativo y realizada una valoración de daños, que acredita y cuantifica el deterioro concreto ocasionado al dominio público hidráulico, el recurso contencioso administrativo debe ser desestimado y confirmada la resolución impugnada.

SÉPTIMO .- Somos conscientes de que esta Sala ha declarado la nulidad de la Orden 85/2008, de 16 de enero (BOE número 25, de 29 de enero de 2008), por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico, mediante Sentencia de 4 de noviembre de 2011, recaída en el recurso de casación nº 6062/2010 . Sucede, sin embargo, que en el caso examinado la determinación de la indemnización por los daños ocasionados no se ha realizado por aplicación de la citada Orden de 2008 del Ministerio de Medio Ambiente, sino que han sido, como antes señalamos, los criterios generales establecidos en la Circular de 2002 del organismo de cuenca los que prestan cobertura a la valoración realizada.

Pero es que, además, debemos señalar que en la citada Sentencia de 4 de noviembre de 2011 , concretamente en el fundamento de derecho quinto "in fine", se declara, con la trascendencia que luego tiene para el fallo (apartado primero), que <<Por eso, nuestro pronunciamiento de declaración de nulidad de esta Orden Ministerial no implica su expulsión total y definitiva del Ordenamiento Jurídico, sino una nulidad parcial y sectorial, toda vez que dicha nulidad sólo se declara en la medida que, a través de la misma, se establecen criterios para la determinación de los daños al demanio hidráulico como pauta para la tipificación de las infracciones administrativas en materia de aguas, no en lo demás>> . Y añade << de manera que dicha Orden



Ministerial mantiene su validez únicamente en cuanto actúa como parámetro y pauta de concreción del deber de indemnización de los daños ambientales que en dicha Orden se contemplan >>. Dicho de otro modo, la norma contenida en dicha orden mantiene su validez respecto de la determinación de los daños ambientales.

Y también somos conscientes que nuestra jurisprudencia ha fluctuado respecto de las consecuencias que han de extraerse de dicha declaración de nulidad de la Orden Ministerial de 2008. Así, encontramos sentencias que a pesar de la aplicación de circulares anteriores a la nulidad de dicha orden ministerial acordaban también la nulidad en parte del acto impugnado (v.gr. STS 10 de octubre de 2012 dictada en el recurso contencioso administrativo nº 590 / 2011 y las sentencias que en la misma se citan). Otras que partiendo de la nulidad de la orden ministerial citada declaran la nulidad de la sanción impuesta, " *salvo en cuanto establece el deber de indemnizar al dominio público hidráulico* ", difiriendo su determinación en ejecución de sentencia (v.gr. STS de 27 de diciembre de 2011 recaída en el recurso contencioso administrativo 683/2009). Otras que declaran la nulidad de la valoración y rebajan la calificación de la infracción pasando de ser una infracción muy grave a menos grave (v.gr. SSTS 13 de enero de 2012 dictada en el recurso contencioso administrativo nº 220/2008), o bien de infracción grave a infracción leve (STS 17 de mayo de 2012 dictada en el recurso de casación nº 102 / 2010). Y en fin, otras que, antes de dicha Orden de 2008, consideran la adecuación de la circular de 2002 para establecer << *criterios fijados por el Comisario de Aguas en la Circular de 26 de septiembre de 2002 que, a su vez, se basa en el Estudio de Impacto Socioeconómico de las inversiones de los regadíos en las zonas regables de la cuenca del Guadalquivir. La aplicación al caso examinado de tales criterios generales no se corresponde con la desviación teleológica invocada* >> (STS 13 de noviembre de 2009 dictada en el recurso contencioso administrativo nº 130/2007).

OCTAVO .- De manera que hasta tanto la Administración cumpla con lo declarado por nuestra Sentencia de 4 de noviembre de 2011 citada, que acordó la nulidad de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente 85/2008, esta Sala, como hemos declarado en STS de fecha 11 de junio de 2013 (recurso contencioso-administrativo nº 325/2010), no puede dejar de aplicar el régimen sancionador previsto en una Ley, concretamente en el Título VII del TR de la Ley de Aguas (artículos 116 y siguientes) y en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril (artículos 315 y siguientes).

Es cierto que el mentado reglamento establece en sus artículos 315 a 317 un catálogo de infracciones leves, menos graves, graves y muy graves. Si atendemos a la redacción de los tipos que se establecen en estos artículos, en la redacción aplicable al caso, podemos apreciar que la calificación de la infracción, desde leve a muy grave, se hace en función de la valoración del daño al dominio público hidráulico que reglamentariamente se establezca, según refieren los artículos 117.2 y 118 del TR de la Ley . Es decir, las infracciones se reputan leves si el daño ocasionado no supera los 450,76 euros (tras la reforma operada por el Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo se asciende a 3.000 euros), menos graves cuando la valoración de los daños esté comprendida entre 450,77 y 4.507,59 euros (actualmente entre 3.000,01 y 15.000,00 euros), y graves o muy graves cuando se deriven para el dominio público hidráulico daños cuya valoración supere 4.507,59 euros y 45.075,91 euros, respectivamente (tras dicha reforma ascienden a 15.000,01 y 150.000,00 euros, respectivamente).

Ahora bien, aunque la ley hace referencia a la fijación de criterios generales (artículo 28.j del TR de la Ley de Aguas) para realizar la valoración de daños, también establece que corresponde hacer dicha valoración en el caso concreto al órgano sancionador (artículo 118 del mismo TR de la Ley de Aguas y 326 del Reglamento). En este sentido, el citado artículo 326 alude a la valoración o cuantificación de los daños, en los siguientes términos: " *1. La valoración de los daños al dominio público hidráulico se realizará por el órgano sancionador. A tal efecto y sin perjuicio de las competencias de las Juntas de Gobierno, el Ministro de Medio Ambiente establecerá los criterios técnicos para su determinación. 2. Si los daños se hubiesen producido en la calidad del agua, para su valoración se atenderá al coste del tratamiento del vertido, a su peligrosidad y a la sensibilidad del medio receptor* " .

Pues bien, lo cierto es que la valoración corresponde al órgano sancionador y aunque resulta preciso establecer " *criterios generales* " al respecto, sin embargo declarada la nulidad de la ya citada orden ministerial que fijó tales criterios, en los términos antes expuestos, ello no puede comportar la desaparición e inaplicación de todo el régimen sancionador previsto en el TR de la Ley de Aguas de 2001. Habremos de estar, por tanto, al contenido de cada procedimiento sancionador para comprobar, primero, los criterios que se aplicaron para realizar la valoración, y determinar, después, si la proyección de los mismos al caso concreto resultan conformes a Derecho.

Téngase en cuenta que ya el TR de la Ley de Aguas establece los criterios para la calificación de la infracción, que atiende, ex artículo 117.1, a su repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como al deterioro producido en la calidad del recurso.



En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso administrativo.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA no procede hacer imposición de las costas procesales ocasionadas en el presente recurso contencioso administrativo.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Dña. Andrea , contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de junio de 2011, por ser el acto administrativo recurrido, por los motivos que aducen en este recurso, conforme con el ordenamiento jurídico. No se hace imposición de las costas procesales ocasionadas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excma. Sra. D^a Maria del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ