

**Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo
Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 2964/2011 de 14 Nov.
2011, Rec. 775/2006**

Ponente: Pérez-Piaya Moreno, Cristina Juana.

Nº de Sentencia: 2964/2011

Nº de Recurso: 775/2006

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ECLI: *ES:TSJAND:2011:13014*

A Favor: CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA.

En Contra: ADMINISTRADO.

En la ciudad de Granada, a catorce de noviembre de dos mil once. Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso número **775/2006** seguido a instancia de la entidad mercantil "BALTASAR LARA Y CÍA, S.A.", que comparece representada por el Procurador don Rafael García- Valdecasas Ruiz y dirigida por Letrado, siendo parte demandada la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL GUADALQUIVIR, en cuya representación y defensa interviene el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 6.010,13 euros.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

RECURSO NÚM: 775/2006

SENTENCIA NÚM. 2.964 DE 2011

Ilmo. Sr. Presidente:

D0 María Torres Donaire

Ilmos. Sres. Magistrados

D0 Beatriz Galindo Sacristán

D0 María del Mar Jiménez Morera

D. Jorge Rafael Muñoz Cortés

D0 Cristina Pérez Piaya Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso el presente recurso el día 21 de julio de 2006 contra la desestimación del recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución de 21 de enero de 2005 de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por la que en expediente número 68/2004 se impuso al recurrente una sanción por infracción del Real Decreto 1/2001 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas y del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, según redacción dada por el R. D. 1771/1994, de 5 de agosto, por el que se aprueba y modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico. Se admitió a trámite y se acordó reclamar el expediente administrativo, siendo remitido por la Administración demandada.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, la parte actora expuso cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación y terminó por solicitar se dictase sentencia estimando el recurso declarando la nulidad de la resolución administrativa recaída en el expediente administrativo 68/04 JA.

TERCERO.- En su escrito de contestación a la demanda, la Administración demandada se opuso a las

pretensiones de la parte actora, y, tras exponer cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación, solicitó la desestimación del recurso por ser el acto conforme a derecho.

CUARTO.- Transcurrido el término concedido a las partes para proposición de prueba si que lo hubieran verificado y al no estimarse necesario por la Sala la celebración de vista pública, se acordó dar traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas a que se refiere el artículo 62.2 de la Ley de la Jurisdicción .

QUINTO.- Se señaló 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 mismo y actuando como Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Doña Cristina Pérez Playa Moreno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso se interpone contra la desestimación del recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución de 21 de enero de 2005 de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por la que en expediente número 68/2004 se impuso al recurrente una sanción de 6.010,13 euros por una infracción calificada como menos grave tipificada en el artículo 116 f) del R.D.L. 1/2001 en relación con el art. 316 g) del R.D. 849/86 , al haber realizado un vertido en el margen derecho del arroyo Vallejo en el término municipal de Úbeda (Jaén) procedente de la fábrica de molturación de aceituna de la entidad "Baltasar y Cía, S.A.", careciendo de autorización administrativa para ello y superando los máximos autorizables.

Invoca el recurrente la excepción de prescripción de la infracción cometida, así como la caducidad del procedimiento sancionador. Aduce además que no se acredita suficientemente la imputación del vertido a la entidad recurrente y que, en todo caso, la toma de muestras y su posterior análisis no se hizo de manera correcta.

La defensa de la parte demandada, por su parte, se opone a los pedimentos de l recurrente al entender que no resultan de aplicación los preceptos que se invocan para defender la prescripción y la caducidad, así como que ha quedado acreditada tanto la existencia de vertido como su procedencia de la fábrica de la recurrente, siendo igualmente innegable el carácter dañino de dicho vertido.

SEGUNDO.- Por lo que a los defectos de forma invocados en la demanda se refiere, en cuanto a la infracción del artículo 6 párrafo 2 del Reglamento 1398/93, de 4 de agosto , por cuanto no se notificó la incoación del expediente sancionador en el plazo de dos meses desde la fecha de incoación, lo que determinaría la caducidad del expediente sancionador, dicha alegación ha de ser desestimada pues dicho precepto no resulta de aplicación al caso que nos ocupa, estando regulado el procedimiento sancionador aplicable en los artículos 328 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (R.D. 849/1986, de 11 de abril), el cual no recoge un precepto similar, siendo aquél Reglamento únicamente de aplicación supletoria. A mayor abundamiento, tampoco podría apreciarse la prescripción invocada por cuanto el dies a quo de este plazo se sitúa en todo caso en el momento de incoación del expediente, en este caso el 27 de febrero de 2004, y no en la denuncia que impulsó la apertura del procedimiento, como pretende el recurrente, no habiendo transcurrido desde entonces los dos meses a que se refiere el precepto en el que se apoya esta pretensión.

En segundo lugar, en lo que respecta a la caducidad del procedimiento sancionador, el plazo de caducidad es de un año conforme a la disposición adicional sexta del Texto Refundido 1/2001, de la Ley de Aguas y el artículo 332 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico , debiendo ser este motivo de impugnación igualmente desestimado al no haber transcurrido este período de tiempo entre la incoación del expediente sancionador, el 27 de febrero de 2004, (documento número 9 del expediente administrativo), dies a quo del plazo de caducidad (STS de 2 de marzo de 2004 , ar 2493), sin que pueda tomarse como tal la fecha de la denuncia, por no suponer ésta el comienzo del expediente sancionador, y la notificación de la resolución sancionadora el 31 de enero de 2005, (documento número 44 del expediente).

TERCERO.- Examinados lo defectos formales alegados, procede dilucidar si puede apreciarse indefensión al haberse formulado Pliego de Descargo en fecha 2 de abril de 2004 por parte de la recurrente solicitando la práctica de pruebas que finalmente no se practicaron, no habiéndose motivado esta denegación. Seguidamente, por parte de la Administración se dicta Propuesta de Resolución sin efectuar pronunciamiento alguno en relación con la prueba propuesta, por haber quedado los hechos imputados claramente especificados en la denuncia objeto de este expediente sancionador.

Pues bien, como señalaba la sentencia de esta misma Sala de 14 de Mayo de 2001 , la posición del ciudadano en sus relaciones con la Administración sancionadora se configura en un estatuto jurídico de garantías que comprende también el derecho de defensa en el marco del expediente administrativo como consecuencia de la atracción del artículo 24 de la CE . La prohibición de indefensión es la cláusula de cierre del sistema de garantías del ciudadano en el procedimiento administrativo sancionador, acogiendo el conjunto de derechos

del artículo 24 de la Constitución , entre otros, el derecho a proponer y practicar las pruebas convenientes para salvaguardar las posibilidades reales de defensa en el ámbito del mismo. No se trata de un derecho absoluto e incondicionado a que se lleven a cabo en el procedimiento administrativo todas aquellas pruebas que se propongan, de manera que el instructor del expediente no se encuentra desapoderado para enjuiciar la pertinencia de las mismas y ordenar la forma en que han de practicarse, pero, por encima de todo, debe procurar la efectividad del principio de igualdad de armas en el procedimiento, sin que quepa que cualquier irregularidad en ese sentido tenga que repararse en el proceso judicial.

El régimen jurídico en este concreto aspecto de la prueba se contiene en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual siempre que el interesado solicite la práctica de pruebas deberá admitirse, salvo que las propuestas sean "manifiestamente improcedentes o innecesarias". Pero aunque la prueba pueda ser, en efecto, improcedente o innecesaria, el artículo 83.3 de la Ley 30/92 exige expresamente que se expliquen las razones mediante resolución motivada. Por su parte, el artículo 17.2 del R.D. 1398/1993, de 4 de Agosto , por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, al que remite el artículo 331 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico , dispone que "en el acuerdo, que se notificará a los interesados, se podrá rechazar de forma motivada la práctica de aquellas pruebas que, en su caso, hubiesen propuesto aquéllos, cuando sean improcedentes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137.4 de la Ley 30/92 , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común".

Así, en ningún caso cabe eludir la producción de un acto expreso, ya sea para admitir la prueba o ya sea para rechazarla. Ahora bien, tal omisión sólo habrá de producir la nulidad del acto recurrido en caso de que éstas fuesen relevantes y pertinentes, pues, en otro caso, aun existiendo una infracción, ésta no puede entenderse que cause indefensión, y por tanto, no pasa de ser defecto formal no invalidante (artículo 63.2 de la Ley 30/92). Como señalaba el Tribunal Constitucional en sentencia de 7 de diciembre de 1983 , refiriéndose al proceso penal, cuyos principios, en esencia, son aplicables al ámbito del procedimiento administrativo sancionador, " se produce indefensión cuando la no realización de la prueba, por su relación con los hechos a los que anudar la condena, la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la sentencia a favor del recurrente ". Pues bien, aplicando la doctrina que se ha dejado expuesta al caso que nos ocupa, resulta evidente que la prueba propuesta por la recurrente era manifiestamente innecesaria e improcedente toda vez que lo solicitado estaba ya claramente especificado en el acta de toma de muestras adjunto a la denuncia y en el Informe de 5 de febrero de 2004 de resultados analíticos del Jefe del Servicio de Calidad de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir.

CUARTO.- Que la imputación del vertido al cauce público a la entidad recurrente no se hubiera acreditado, ya que la toma de muestras se realizó directamente del Arroyo Vallejo, es un motivo que debe ser igualmente desestimado. En este punto cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de Febrero de 2006 , la cual consideraba innecesaria la toma de las tres muestras a las que se refería la Orden Ministerial de 23 de marzo de 1960, para probar el hecho del vertido y su naturaleza contaminante, dado que dicho procedimiento no tiene carácter imperativo y que lo relevante es que quede demostrada la toma de muestras y su correspondiente análisis, pues lo decisivo es que haya quedado plenamente acreditada la realidad y existencia del daño al dominio público por haberse comprobado los vertidos contaminantes. Igualmente, continúa afirmando la referida sentencia, que en el orden jurisdiccional penal, al enjuiciarse en casación la condena por delito contra el medio ambiente por vertidos contaminantes, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de Abril de 2002 , al haberse denunciado por uno de los recurrentes en casación la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia porque las muestras del vertido se habían tomado sin observar las prescripciones establecidas en la Orden Ministerial de 23 de Marzo de 1960, declaró que las normas reglamentarias tenían un objeto diferente al de comprobar la realidad de un vertido contaminante que pudiera ser constitutivo de delito, mientras que la investigación penal tiene por objeto reconstruir un hecho delictivo para su acreditación, y en su caso, depuración de la responsabilidad penal conforme al Código Penal, jurisprudencia penal ésta de significado equivalente a la sostenida en esas últimas sentencias dictadas por la Sala Tercera, en las que se declara que lo fundamental y decisivo es que conste probado el vertido con las muestras correctamente obtenidas y analizadas. Cita igualmente esta sentencia del Tribunal Supremo la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de Marzo de 1999 , la cual, al analizar si se conculcaron el derecho a la presunción de inocencia y a las garantías necesarias en la actividad probatoria por vertidos contaminantes, constitutivos de un delito contra el medio ambiente, debido a que el recurrente en amparo alegó que la toma de muestras de aguas residuales y posteriores análisis de las mismas no se verificaron en presencia del Juez y del recurrente ni éste pudo someter a contradicción el resultado de los análisis, dado que no se le facilitaron las muestras para poder realizar el contra-análisis, declara que no hubo vulneración del derecho a la presunción de inocencia ni de las garantías necesarias en la actividad probatoria porque las declaraciones realizadas en el juicio oral por los agentes de la Policía Judicial que tomaron las

muestras sobre el lugar en el que se produjeron, el procedimiento e incidencias de las mismas y las condiciones de su remisión a la Sociedad de Aguas de Barcelona para que fueran analizadas, así como las declaraciones de los acusados, que admitieron haber realizado los vertidos en el lugar donde se tomaron las muestras, han de ser consideradas, desde la perspectiva constitucional, pruebas de cargo suficientes para acreditar de forma razonable el vertido de las aguas residuales, e, igualmente, ha de entenderse que las declaraciones efectuadas en el juicio oral por quienes emitieron los informes periciales obrantes en autos constituyen, desde la perspectiva de nuestro enjuiciamiento, prueba de cargo suficiente sobre la composición química de los vertidos y el carácter altamente tóxico de los mismos, debido, entre otros, a la elevada concentración de metales; de cuya doctrina constitucional deduce la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 2006 que también lo relevante en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado por vertidos contaminantes de las aguas es, conforme a las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Enero de 1996 y de 22 de Diciembre de 2003, que haya quedado debidamente acreditada la realidad y existencia del vertido y su naturaleza contaminante, independientemente de que la toma de muestras y subsiguientes análisis se haya observado o no el procedimiento en las Órdenes Ministeriales de 23 de Marzo de 1960 y de 9 de Octubre de 1962.

A mayor abundamiento, y siguiendo el criterio que ha venido manteniendo esta Sala, la toma de muestras se efectuó de manera correcta en el punto donde se produce el vertido, en concreto en el lugar donde se encontraban unas mangueras procedentes de la industria sancionada y donde se apreciaba el vertido, siendo lo relevante que la toma de muestras sirva para analizar los componentes del vertido en el momento de su entrada en el dominio público hidráulico. De nada sirve que en la demanda se reproduzca parte del informe sobre alegaciones al pliego de cargos en el que se reconoce que "efectivamente, la muestra debió tomarse antes de que el vertido se mezclase con el agua que discurría por el cauce", ya que en caso de haberse procedido así, como también se asevera en el mencionado informe, el resultado de las analíticas para los parámetros analizados hubiera sido bastante más elevado. Si la demanda química y biológica de oxígeno que presenta el agua una vez mezclada con el efluente es alta, de haberse tomado la muestra exclusivamente del vertido tanto más se hubiera podido demostrar su capacidad contaminante.

En definitiva, aunque ni la Ley de Aguas ni el Reglamento del Dominio Público Hidráulico establecen un procedimiento de tomas de muestras como ocurre en otros ámbitos sectoriales administrativos, lo cierto es que en el presente caso la toma de muestras se ha llevado a cabo con las debidas garantías y respeto al derecho de contradicción, al haberse efectuado en presencia del interesado y habérsele entregado una de las muestras obtenidas para que la parte demandante tuviera la oportunidad de contradecir las conclusiones alcanzadas por la Administración, como de hecho trató de hacer mediante la realización de otra analítica por un laboratorio independiente que, no obstante, dio valores que seguían superando los máximos permitidos (documento núm. 35 del expediente). La consecuencia ha de ser la de entender desvirtuado el principio de presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución, habiéndose acreditado la existencia de un vertido contaminante con la consecuencia de haberse causado daños al dominio público hidráulico, los cuales aparecen debidamente cuantificados en el expediente administrativo constitutivo de la infracción imputada por la Administración.

Por último, que el cauce del arroyo situado a la derecha de la fábrica estuviera seco no es óbice para las conclusiones extraídas, ya que, como recuerda el Sr. Abogado del Estado, en virtud del art. 2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, en el concepto del dominio público hidráulico entran tanto los cauces de aguas superficiales continuas como las discontinuas.

Visto lo expuesto, habiendo quedado suficientemente acreditado tanto la procedencia del vertido como el carácter dañino del mismo en relación con el dominio público hidráulico, ha de desestimarse el recurso interpuesto y confirmarse la resolución recurrida.

QUINTO.- No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la LJCA de 1998.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil "BALTASAR LARA Y CÍA, S.A." contra la desestimación del recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución de 21 de enero de 2005 de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, por ser ésta conforme a derecho. Sin expresa imposición de las costas causadas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del art. 248 . 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra la misma no cabe recurso de casación ordinaria, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.