

EDJ 2013/257029

Tribunal Supremo Sala 3 Pleno^a, S 3-12-2013, rec. 557/2011
Pte: Menéndez Pérez, Segundo

Resumen

Dominio público hidráulico. Cómputo del plazo de caducidad del procedimiento. Valoración del daño al dominio público. El pleno del TS 3^a confirma la sanción impuesta al recurrente por utilizar agua para el riego sin autorización, y declara que a efectos del cálculo del plazo de caducidad del procedimiento, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 Ley 30/1992, en la fecha en que se llevó a cabo, doctrina legal que corrige la adoptada con anterioridad, en la que se indicaba que el "dies ad quem" del plazo venía determinado por el de la recepción por la Administración de la devolución del envío por parte de Correos (FJ 3). Respecto de la valoración del daño al dominio público, el pleno mantiene que la ausencia de criterios técnicos generales, antes de la reforma realizada por el RD 670/2013, permiten basar su valoración en la circular del comisario de aguas (FJ 6 y 7). Formula voto particular D. Jesús Ernesto Peces Morate, al que se adhieren seis magistrados.

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 1/2001 de 20 julio 2001. Ley de Aguas
art.28.j , art.116.3.a , art.116.3.b , art.116.3.g , dad.6

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
art.58.4

RD 849/1986 de 11 abril 1986. Reglamento del Dominio Público Hidráulico
art.326.1

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	8
VOTO PARTICULAR	9

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACTO ADMINISTRATIVO

NOTIFICACIÓN

AGUAS

UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

Uso privativo

EMBALSES Y ZONAS REGABLES

POLICÍA DE AGUAS

Competencia y procedimiento

Infracciones y sanciones

CADUCIDAD

EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Inexistente

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

LEGALIDAD Y TIPICIDAD DE FALTAS Y SANCIONES

Falta o sanción ajustada a lo establecido

INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Principios

Tipicidad

NOTIFICACIONES

NOTIFICACIÓN REALIZADA; EFECTOS

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Administración estatal (funciones ejecutivas); Desfavorable a: Infractor

Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.28.j, art.116.3.a, art.116.3.b, art.116.3.g, dad.6 de RDLeg. 1/2001 de 20 julio 2001. Ley de Aguas

Aplica art.58.4 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Aplica art.326.1 de RD 849/1986 de 11 abril 1986. Reglamento del Dominio Público Hidráulico

Cita RD 670/2013 de 6 septiembre 2013. Se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, en materia de registro de aguas y criterios de valoración de daños al dominio público hidráulico.

Cita Ley 11/2012 de 19 diciembre 2012. Medidas urgentes en materia de medio ambiente.

Cita RDL 17/2012 de 4 mayo 2012. Medidas urgentes en materia de medio ambiente.

Cita RD 367/2010 de 26 marzo 2010. Modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la L 17/2009, de 23 noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la L 25/2009, de 22 diciembre, de modificación de div

Cita RD 606/2003 de 23 mayo 2003. Modificación RD 849/1986, de 11 abril, por el que se aprueba el Rgto. del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los Títulos preliminar, I, IV, V, VI y VIII L 29/1985, de 2 agosto, de Aguas

Cita RDLeg. 1/2001 de 20 julio 2001. Ley de Aguas

Cita Ley 46/1999 de 13 diciembre 1999. Modifica L 29/1985, de 2 agosto, de Aguas

Cita art.100.7, art.139.1 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita Ley 29/1985 de 2 agosto 1985. Aguas

Cita art.197, art.260 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.25, art.106.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 8 octubre 2013 (J2013/197239)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 28 junio 2013 (J2013/127533)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 11 junio 2013 (J2013/127531)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 14 junio 2013 (J2013/120933)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 10 octubre 2012 (J2012/237581)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 17 mayo 2012 (J2012/118264)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 17 mayo 2012 (J2012/118263)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 3 abril 2012 (J2012/93685)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 13 enero 2012 (J2012/7166)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 27 diciembre 2011 (J2011/333391)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 26 octubre 2011 (J2011/263126)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 4 noviembre 2011 (J2011/259725)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 22 marzo 2011 (J2011/51461)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 12 abril 2010 (J2010/45318)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 1 febrero 2010 (J2010/6464)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 13 noviembre 2009 (J2009/271362)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 15 octubre 2009 (J2009/245742)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 20 junio 2008 (J2008/128223)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 31 octubre 2007 (J2007/206144)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 28 febrero 2006 (J2006/48838)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 22 diciembre 2003 (J2003/209686)

Cita en el mismo sentido sobre NOTIFICACIONES - NOTIFICACIÓN REALIZADA; EFECTOS STS Sala 3ª de 17 noviembre 2003 (J2003/171954)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 29 septiembre 1999 (J1999/22407)

Citada por STS Sala 3ª de 22 julio 2014 (J2014/124032)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de diciembre de dos mil trece.

VISTO por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la UNIÓN DE COOPERATIVAS DE LAS MARISMAS, S.C.A. DE 2º GRADO, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Esperanza Azpeitia Calvín, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de junio de 2011 por la que se estima

parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 13 de octubre de 2006, por la que se impone una sanción de multa de 280.612,06 euros, y la obligación de indemnizar los daños al dominio público hidráulico en cantidad de 140.070,00 euros.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de septiembre de 2011, la representación procesal de la UNIÓN DE COOPERATIVAS DE LAS MARISMAS, S.C.A. DE 2º GRADO interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 17 de junio de 2011, del Consejo de Ministros por la que se estima parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 13 de octubre de 2006, por la que se impone una sanción de multa de 280.612,06 euros, y la obligación de indemnizar los daños al dominio público hidráulico en cantidad de 140.070,00 euros, por infracción a la Ley de Aguas, formalizando demanda en la que termina suplicando a la Sala que "...dicte en su momento sentencia por la que se anule y deje sin efecto alguno ambos actos". Mediante otrosí solicitó esta parte el recibimiento del pleito a prueba.

SEGUNDO.- La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO formuló contestación a la demanda interpuesta y súplica en su escrito a la Sala que "... DESESTIME el recurso interpuesto, DECLARE LA CONFORMIDAD A DERECHO del Acuerdo Impugnado, y condene al recurrente a pagar las costas procesales".

TERCERO.- Por Auto de fecha 16 de enero de 2012 esta Sala acordó recibir el proceso a prueba y, practicada ésta con el resultado que consta en autos y evacuadas las conclusiones por las partes, en providencia de fecha 14 de junio de 2013 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 17 de septiembre del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

CUARTO.- Por providencia de fecha 24 de septiembre de 2013, dada la trascendencia de la cuestión que ha de resolverse en este recurso, se dejó sin efecto el señalamiento para votación y fallo, acordando someter a la consideración del Excmo. Sr. Presidente de esta Sala si la misma ha de ser votada y fallada por el Pleno de la Sala.

QUINTO.- En fecha 1 de octubre de 2013 acordó el Excmo. Sr. Presidente de la Sala en uso de las facultades que le otorga el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754, someter el conocimiento del presente recurso contencioso-administrativo al Pleno, señalándose el día 6 de noviembre de 2013 para la votación y fallo de este recurso.

SEXTO.- No se ha observado el plazo que la Ley de la Jurisdicción fija para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna la actora el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de junio de 2011, que, estimando en parte el recurso de reposición deducido contra el de 13 de octubre de 2006, cambia la calificación de la infracción de muy grave a grave (en obligada aplicación retroactiva de una disposición sancionadora posterior más favorable, cuál es la del Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo EDL 2010/15948, en cuanto modifica los artículos 314 a 317 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico); rebaja, por ello, la sanción pecuniaria a la cantidad de 280.612,56 euros; y mantiene en todo lo demás aquel Acuerdo inicial, que impuso, también, la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico (DPH) en la suma de 140.070,00 euros, y la de retirar, en el plazo de quince días, todo elemento que haga presumir la captación abusiva de aguas.

Tales Acuerdos se adoptaron al estimar acreditada la comisión de una infracción tipificada en el artículo 116.3, letras a), b) y g), del Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio EDL 2001/24107, consistente en la captación de aguas de los desagües de la Comunidad de Regantes Mínima y de los Ríos Brazos de los Jerónimos y Guadalquivir para el riego de 435 Has. de arroz por el sistema de inundación, sin la preceptiva autorización de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, en el lugar denominado Playas del Río Guadalquivir, sito en los términos municipales de Puebla del Río e Isla mayor, de Sevilla.

SEGUNDO.- Para decidir el primero de los motivos de impugnación que esgrime la demanda, en el que se sostiene que el procedimiento sancionador había caducado, habremos de tomar en consideración las dos normas siguientes: Una, la del número 3º de la Disposición adicional sexta del TRLA, pues se ordena ahí que el plazo para resolver y notificar la resolución en los procedimientos sancionadores referentes al dominio público hidráulico será de un año. Y, otra, la del artículo 58.4 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271, pues dispone en uno de sus incisos que a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente "(...) el intento de notificación debidamente acreditado".

Asimismo, las "fechas" que hemos de tener en cuenta, no cuestionadas en realidad, y en todo caso acreditadas en el expediente administrativo, son: la de 19 de octubre de 2005, en que se acordó la incoación del procedimiento sancionador (folios 27 y 28 de dicho expediente); la de 13 de octubre de 2006, en que se dictó, como dijimos, el Acuerdo originario; las de 17 y 18 de octubre de 2006, en que, a las 10:00 y 11:10 horas respectivamente, se intentó notificar ese Acuerdo por medio de burofax (folios 592 a 594, en los que

se lee "no entregado, destinatario ausente, dejado aviso"); y, ya por fin, la de 26 de octubre de 2006 EDJ 2011/263126 , en que tiene entrada en el Gabinete Telegráfico del Ministerio de Medio Ambiente la primera comunicación del Servicio de Correos que daba cuenta de esa causa impositiva de la notificación intentada (folio 593).

Por último, hemos de construir nuestro razonamiento sobre la base de que el escrito de demanda no niega que el lugar o domicilio en que se llevaron a cabo esos intentos fuera idóneo o adecuado para ello; ni nada dice tampoco acerca de que hubieran incurrido en cualquier otra deficiencia.

TERCERO.-.- Así las cosas, la decisión de aquel primer motivo requiere que nos pronunciemos sobre cuál es el momento en que cabe tener por producido, realizado o cumplido el intento de notificación al que alude aquel artículo 58.4. O mejor dicho, requiere que nos pronunciemos acerca de si ese momento es el que fijó la sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley número 128/2002 EDJ 2003/171954 , que la actora invocó a su favor en el escrito de conclusiones, pues si lo fuera -como se dijo al final de la doctrina legal que allí declaramos- "el momento en que la Administración reciba la devolución del envío" (esto es, del correo certificado, o, en este caso, del burofax, que le devuelve el Servicio de Correos comunicando que no se ha logrado practicar la notificación), el procedimiento sancionador que nos ocupa habría de declararse caducado, ya que tal devolución (o lo que es igual, esa comunicación) se produjo el 26 de octubre de 2006 EDJ 2011/263126 , después, por tanto, del día 19 del mismo mes y año, en que vencía aquel plazo de un año ordenado en el número 3º de la citada Disposición adicional sexta.

Expresamos entonces (en un recurso en que la Administración recurrente incluyó en la doctrina legal cuya declaración pretendía ese concreto momento, y en el que era indiferente para el supuesto allí tratado una precisión como la que ahora nos planteamos) que "(...) para fijar el dies ad quem en el cómputo del plazo de duración del procedimiento, es preciso determinar también el momento en que puede considerarse cumplido el intento de notificación. Ello dependerá del procedimiento de notificación empleado y, en el supuesto de un intento de notificación por correo certificado, dicho momento será sin duda el de la recepción por la Administración actuante de la devolución del envío por parte de Correos, ya que sólo a partir de ese momento quedará debidamente acreditado ante la Administración que se ha llevado a cabo el infructuoso intento de notificación. Será también el momento a partir del cual se entenderá concluso el procedimiento a los efectos del cómputo de su plazo máximo, aunque la Administración todavía habrá de iniciar los trámites para efectuar una notificación por edictos con plenitud de efectos (...)". Y en el apartado 2 del fallo de aquella sentencia, dedicado a fijar la doctrina legal que declaráramos, dijimos, en su párrafo segundo, lo siguiente: " En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación, siempre que quede constancia de ello en el expediente " .

Sin embargo, obligados ahora a precisar lo que entonces no era necesario, afirmamos que la acreditación que requiere el repetido artículo 58.4 no forma parte del plazo que ha de computarse al efecto a que se refiere (de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento), sino que es sólo una exigencia de constatación; de suerte que el periodo de tiempo que transcurre entre la fecha del intento y la posterior en que se hace constar en el expediente su frustración, no prolonga aquel plazo. Por tanto y en definitiva, si el intento de notificación se lleva a cabo en una fecha comprendida dentro del plazo máximo de duración del procedimiento (siempre, por supuesto, que luego quede debidamente acreditado, y se haya practicado respetando las exigencias normativas a que esté sujeto), producirá aquel concreto efecto que dispone ese artículo 58.4 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , con independencia o aunque su acreditación acceda al expediente cuando ya venció ese plazo.

En este sentido, y sólo en él, rectificamos la doctrina legal declarada en aquella sentencia de 17 de noviembre de 2003, sustituyendo la frase de su párrafo segundo antes transcrito que dice "(...) el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación (...)", por esta otra: " el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , en la fecha en que se llevó a cabo ". Rectificación que llevaremos al fallo de esta sentencia, ordenando su publicación en el Boletín Oficial del Estado, pues sólo así será posible satisfacer la finalidad que persigue el inciso final del artículo 100.7 de la LJCA. EDL 1998/44323

En consecuencia, rechazamos aquel primer motivo de impugnación, pues los dos intentos de notificación de los que dimos cuenta se llevaron a cabo antes de que venciera el plazo máximo de duración del procedimiento sancionador.

CUARTO.-.- En un orden lógico, el siguiente motivo de impugnación que debemos analizar es uno que sólo aparece en el extenso escrito de demanda casi al final y, además, de un modo bien escueto, al decir, y copiamos literalmente, que "(...) no consta la identificación del infractor o infractores, la denuncia parte de vagas referencias no concretadas y sin que ni siquiera se llegara a entender que (sic) mi representada, pero es que ni siquiera consta en el expediente ningún otro medio de prueba que determine, con exactitud y sin temor a errores, que mi mandante es la autora de la infracción imputada, máxime si, como consta en el expediente, ni el propio Guarda Fluvial conoce a qué términos municipales corresponden las tierras regadas".

Tal motivo ha de correr la misma suerte que el antes analizado. No sólo por no detenerse en el examen del expediente administrativo y, en particular, en el de la prueba de cargo obrante en él. Sino, sobre todo, porque desde su inicio (folios 1, 2 y 3, en los que obran la denuncia, el acta de inspección y el informe adjunto a ésta) se identifica como Entidad explotadora de las tierras (que igualmente lo son ahí mismo al decir que lo que se comprueba ocurre "en el sitio denominado 'Playas del Río Guadalquivir' (TT.MM. La Puebla del Río e Isla mayor-Sevilla)") en que se efectuaba el riego en que consistió la conducta luego imputada (esto es, y como también se lee allí, el de "435 Has. de arroz por el sistema de inundación con aguas procedentes de desagües de la C.R. Mínima y de los Ríos Brazo de los Jerónimos y Guadalquivir") a la hoy actora, "Unión de Cooperativas de las Marismas, S.C.A. de 2º Grado". Siendo de destacar, además,

que en el acta de inspección se lee, sin que tampoco diga nada en contra el motivo, que se redactó estando presentes, no sólo el Oficial de Control y Vigilancia D.P.H. Sector 31 y el Guarda Jurado del Sector 32, sino, también, un titular o representante de "la propiedad", identificado con su nombre y apellidos y su N.I.F., que firmó el acta y que sólo dijo que "las tierras son alquiladas como tierras de riego, siendo el Servicio de Costas quien solicita el derecho de riego" (extremo, éste, al que luego habremos de referirnos). Es más, en aquel informe adjunto se indican las coordenadas de situación de los motores o bombas instalados, precisando también las hectáreas regadas con cada uno de ellos, cuya suma arroja, precisamente, aquella cifra de 435. Por fin, y sin ánimo exhaustivo, otras pruebas de cargo son las que cabe ver a los folios 21, 22, 23 y 24 del citado expediente administrativo.

QUINTO.-.- El motivo de impugnación en que más se detiene la demanda -el segundo de ella-, combate la valoración de los daños causados al DPH, para lo que afirma, sucesivamente: Que el cálculo estima un consumo de 609.000 metros cúbicos de agua, sin haber efectuado medición del volumen empleado por hectárea, sino sólo de la superficie regada, y sólo un día (el 12-7- 2005); y, además, sin tener en cuenta que no todo el agua que se emplea en el riego se consume. Que el precio del metro cúbico de agua (fijado en 0,23 euros) se ha calculado en base a los criterios de la Circular del Comisario de Aguas de 26 de septiembre de 2002, sin que tal precio se corresponda ni con el canon de regulación establecido para los riegos autorizados, ni con ningún otro criterio técnico que hubiera sido aprobado por organismo competente. Que a partir de la reforma operada en el artículo 326.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo EDL 2003/11169 , el establecimiento de tales criterios es competencia exclusiva, bien de la Junta de Gobierno de la Confederación, bien del Ministerio de Medio Ambiente, por lo que la valoración que se ha hecho en el expediente no puede ampararse en los de aquella Circular. Que aunque no fuera de aplicación por razones temporales, de la Orden MAM/85/2008, de 16 de enero, y en concreto de su artículo 4, se desprende que hasta la incorporación al Plan Hidrológico de Cuenca de los análisis y estudios que cita, la valoración de los daños había de efectuarse con arreglo a los criterios derivados del régimen económico financiero del uso del agua en la correspondiente cuenca, es decir, el canon de regulación y las tarifas de utilización del agua aprobados para cada ejercicio. Y, por último, que aportó y existen en el expediente otros informes que sitúan el daño al DPH en cuantía notablemente inferior a la indicada en la resolución sancionadora.

SEXTO.-.- Ordenando en el modo en que parece más lógico todas esas objeciones, debemos analizar en primer término cuál deba ser la eficacia jurídica de una valoración de los daños causados al DPH hecha antes de que los citados criterios técnicos hubieran sido aprobados, bien por las Juntas de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas, a las que corresponde esa atribución según el tenor del artículo 28, letra j), del TRLA, o bien por el Ministro de Medio Ambiente, al que, sin perjuicio de las competencias de aquéllas, le es ordenado establecerlos por el artículo 326.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH), tras su modificación por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo EDL 2003/11169 .

A tal fin, eligiendo un modo que permita percibir sin dificultad qué es lo que en cada momento se expone, indicamos a continuación, en las letras A), B), C) y D) de este fundamento, cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia en aquélla cuestión, para concluir, en la letra E), con la interpretación que sostiene el Pleno de esta Sala Tercera y las razones jurídicas en que se sustenta.

A) Aunque no son las únicas, en sentencias de este Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1999, 22 de diciembre de 2003, 28 de febrero de 2006 o 31 de octubre de 2007, dictadas, respectivamente, en los recursos 2039/1992 EDJ 1999/22407 , 2527/2000 EDJ 2003/209686 , 272/2003 EDJ 2006/48838 y 9858/2003 EDJ 2007/206144 , se tomaron en cuenta valoraciones hechas antes de aquella aprobación, sin considerar, pues tal cuestión no fue explícitamente planteada, que las mismas fueran inválidas, o que en ellas no pudieran descansar la calificación de la infracción y la determinación del importe a indemnizar.

B) Salvo error u omisión, es en el recurso 144/2005 EDJ 2008/128223 cuando se suscitó por vez primera dicha cuestión, que resolvimos en la sentencia de 20 de junio de 2008 entendiendo que una valoración como aquéllas era una razón más para estimar la acción ejercitada, razonando en los párrafos segundo y tercero del fundamento de derecho séptimo lo siguiente:

"La Administración ha realizado tal valoración a partir de un informe emitido el 8 de marzo de 2002 por el Comisario de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Segura, pues, según la propia Administración reconoce, hasta el día 8 de marzo de 2006 (Boletín Oficial de la Provincia de Albacete num. 43 de fecha 17 de abril de 2006) la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Segura no había cumplido el deber, que le impone el artículo 28 j) del mencionado Texto Refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio EDL 2001/24107), de aprobar unos criterios generales para la determinación de las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico de acuerdo con el artículo 118 del propio Texto Refundido, y el Ministerio de Medio Ambiente, a pesar de lo dispuesto en el artículo 326.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, no había establecido unos criterios técnicos para su determinación hasta la promulgación de la Orden 85/2008, de 16 de enero (B.O.E. núm. 25, de 29 de enero de 2008).

En consecuencia, nos encontramos ante una valoración de posibles daños causados al dominio público hidráulico efectuada siguiendo unos criterios que no habían sido fijados por los únicos órganos de la Administración competentes para establecerlos, cual son la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Segura y el Ministerio de Medio Ambiente".

En el mismo sentido, ya de modo más rotundo si cabe, razonamos en el párrafo último del fundamento de derecho tercero de la sentencia de 15 de octubre de 2009, dictada en el recurso 272/2005 EDJ 2009/245742 , lo que sigue:

"Ni que decir tiene que la valoración de los daños al dominio público hidráulico no puede hacerse, como se declaró en la Sentencia de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 20 de junio de 2008 (recurso 144/2005) EDJ 2008/128223 , al margen de lo establecido en los artículos 28 j) del Texto Refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio EDL 2001/24107) y 326.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que requieren la fijación de unos criterios generales para la

determinación de las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, pues, en contra de esta regla, han venido realizándose a partir de unos simples informes del Comisario de Aguas de las Confederaciones Hidrográficas, a lo que se dio solución también con la Orden 85/2008, de 16 de enero (BOE número 25, de 29 de enero de 2008), por la que se establecen criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico..."

C) No sin algún pronunciamiento que no refleja la interpretación de esas dos que acabamos de citar, como lo es el de la sentencia de 13 de noviembre de 2009, dictada en el recurso 130/2007 EDJ 2009/271362 , que aceptó una valoración que atendía a los criterios fijados por el Comisario de Aguas en la Circular de 26 de septiembre de 2002 (la misma que en el supuesto que ahora enjuiciamos); o el de la sentencia de 26 de octubre de 2011, dictada en el recurso 2810/2008 EDJ 2011/263126 , que no puso reparo a una emitida por el Ingeniero Jefe del Acuífero 27 aplicando los criterios dictados por el Comisario de Aguas el 15 de mayo de 1997, actualizados el 14 de marzo y el 4 de mayo de 2001; se consolidó una jurisprudencia que, en definitiva, no consideró "válida" una valoración hecha sin sustento en los criterios técnicos o generales que mencionan aquellos artículos 28, letra j), del TRLA y 326.1 del RDPH, con una doble consecuencia: la de anular el particular de la resolución administrativa que imponía la obligación de indemnizar los daños causados al DPH; y la de encuadrar la conducta infractora en un tipo que no requiera determinar la cuantía de dichos daños (sentencias, entre otras, de 1 de febrero EDJ 2010/6464 y 12 de abril de 2010 EDJ 2010/45318 , 22 de marzo EDJ 2011/51461 , 4 de noviembre EDJ 2011/259725 -que declaró la nulidad de la Orden MAM/85/2008, de 16 de enero, sólo "en cuanto establece criterios para la determinación de los daños al demanio hidráulico como pauta para la tipificación de las infracciones administrativas en materia de aguas", por ser su rango inferior al de la colaboración reglamentaria que permite el principio de legalidad que proclama el artículo 25.1 de la Constitución EDL 1978/3879 , manteniendo su validez "únicamente en cuanto actúa como parámetro y pauta de concreción del deber de indemnización de los daños ambientales que en ella se contemplan"- y 27 de diciembre de 2011 -que tiene en cuenta el aspecto declarado válido de esa Orden que acabamos de citar-, y 13 de enero, 3 de abril, 17 de mayo -dos-, y 10 de octubre de 2012, dictadas, respectivamente, en los recursos 462/2007 EDJ 2010/6464 , 133/2009 EDJ 2010/45318 , 269/2009 EDJ 2011/51461 , 6062/2010 EDJ 2011/259725 , 683/2009 EDJ 2011/333391 , 220/2008 EDJ 2012/7166 , 368/2011 EDJ 2012/93685 , 102/2010 EDJ 2012/118263 , 1243/2010 EDJ 2012/118264 , y 590/2011 EDJ 2012/237581).

D) Sin embargo, cuatro sentencias de este mismo año 2013, de fechas 11, 14 (que acepta la valoración efectuada con arreglo a la Circular ya citada de 26 de septiembre de 2002) y 28 de junio (en la que la actora lo fue la que lo es aquí, y en la que también se acepta una valoración con ese sustento), y 8 de octubre, dictadas, respectivamente, en los recursos 325/2010 EDJ 2013/127531 , 516/2011 EDJ 2013/120933 , 601/2011 EDJ 2013/127533 y 2484/2010 EDJ 2013/197239 , se han apartado explícitamente de la jurisprudencia a la que acabamos de referirnos, razonando, en suma, que el no establecimiento de aquellos criterios generales, o la nulidad de aquella Orden en cuanto instrumento para la calificación y tipificación de las infracciones, no puede comportar la desaparición o inaplicación del régimen sancionador previsto en el TRLA y en el RDPH; que habrá que estar al contenido de cada procedimiento para comprobar, primero, los criterios que se aplicaron para realizar la valoración, y determinar, después, si su proyección al caso concreto es conforme a Derecho; que lo relevante, a los efectos de fijar la indemnización por los daños ocasionados al DPH, es que en el expediente administrativo se encuentre justificación y motivación suficiente para que la valoración pueda ser comprendida por el sancionado e impugnada ante los tribunales; y que no se deduce del TRLA ni del RDPH que la previa fijación de aquellos criterios generales se contemplara en ellos como un elemento constitutivo de la tipicidad, sin el cual la definición del tipo estuviera incompleta.

E) Es esta última jurisprudencia la que el Pleno de esta Sala Tercera ha decidido seguir. Por las siguientes razones:

Las acciones constitutivas de infracción definidas en el artículo 116.3 del TRLA, y en particular la de su letra a), única que lo menciona, y la de su letra f), que habla del deterioro en la calidad del agua, no incorporan la exigencia de que sólo se tengan o consideren como daños al DPH los que hayan sido determinados con arreglo a criterios generales previamente establecidos. Tampoco lo hacen los "tipos" que son definidos en los artículos 315, 316 y 317 del RDPH, ni lo hacían los que lo eran en sus artículos 319 y 320 antes de ser derogados, estos dos, por el Real Decreto 367/2010 EDL 2010/15948 .

El artículo 28, letra j), del TRLA, al disponer que corresponde a las Juntas de Gobierno aprobar criterios generales para la determinación de las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados al DPH, dice también que tal aprobación ha de hacerse "en su caso"; con lo que no impone de modo obligado el ejercicio de esa concreta atribución. A su vez, el artículo 118 del mismo Texto, al que remite aquella letra, nada dice sobre una exigencia como aquélla.

El artículo 326.1 del RDPH, nada decía en su primitiva redacción acerca de que la valoración de los daños al DPH -a aplicar, como indicaba acto seguido, tanto a la tipificación de las infracciones y a la fijación de las multas, como a la determinación de las indemnizaciones- hubiera de hacerse con sujeción a criterios técnicos de carácter general previamente establecidos.

Ese artículo 326.1, al ser modificado por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo EDL 2003/11169 , introdujo el mandato de que, al efecto de que el órgano sancionador realizara la valoración de los daños al DPH, y sin perjuicio de las competencias de las Juntas de Gobierno, el Ministro de Medio Ambiente estableciera "los criterios técnicos para su determinación". Sin embargo, la introducción de tal mandato no puede ser interpretada en el sentido de que ese previo establecimiento pasara a ser un elemento constitutivo del "tipo infractor", sin el cual la definición contenida en éste hubiera de entenderse incompleta, o sin el cual no pudiera aplicarse, pues un "cambio" de tal trascendencia en el régimen sancionador ya regulado en el TRLA y en el RDPH, no podía ser hecho por una norma de rango reglamentario; máxime si, por lo ya dicho, el desarrollo o complemento del texto legal no pedía uno en ese sentido; y si nada anunció sobre ello la Parte Expositiva de aquel Real Decreto de 2003. Por tanto, su interpretación debe ser otra: La introducción, que llama para hacer aquello al Ministro de Medio Ambiente, manteniendo, como no podía ser de otro modo, las competencias de las Juntas de Gobierno, tiene, como más lógica, la finalidad de acrecentar el trato igual y la seguridad jurídica en una materia, la de la valoración de

los daños al DPH, en que es más que posible que surjan criterios distintos en cada organismo de cuenca y órgano sancionador. De ahí ha de derivar, como efecto jurídico congruente con aquel mandato de establecimiento de aquellos criterios técnicos, que la Administración, una vez establecidos (como ha hecho por fin el Real Decreto 670/2013, de 6 de septiembre EDL 2013/173154 , al añadir al RDPH los artículos 326 bis, 326 ter y 326 quater), haya de sujetarse necesariamente a ellos. Es tras ese establecimiento, pero no antes dado lo hasta aquí razonado sobre la interpretación de las normas del TRLA y del RDPH, cuando habrá que reputar inválida, ineficaz, una valoración de los daños al DPH que no se haya realizado de acuerdo con los criterios establecidos (y atendiendo, en su caso, a los generales que hayan acordado las Juntas de Gobierno de los organismos de cuenca); y ello, tanto a los efectos de la calificación de la infracción (artículo 326.1 del RDPH, tras esa modificación de este año 2013), como al de fijar la indemnización que proceda (artículo 323.4 del RDPH, tras esa misma modificación).

Por fin, aunque el Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo EDL 2012/69349 , sustituido luego por la Ley 11/2012, de 19 de diciembre EDL 2012/271621 , intercaló en el artículo 117 del TRLA un apartado 2 de nueva redacción (renumerando como 3 y 4 los que antes eran apartados 2 y 3 del precepto), disponiendo en su inciso final que lo que ordena ponderar y tener en cuenta para la valoración del daño al DPH se hará de acuerdo con lo que reglamentariamente se establezca; ello tampoco obedeció entonces a la idea de que la aplicación del régimen sancionador en esta materia requiriera aquel previo establecimiento de los repetidos criterios técnicos, sino a la necesidad de dar cumplimiento a la sentencia de este Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2011 EDJ 2011/259725 y, por tanto, a la de que, al establecerlos, se hiciera a través de una norma cuyo rango respetara la decisión de dicha sentencia. Así se desprende con claridad, no sólo del hecho de que esa norma con rango legal no incorpore en realidad criterios técnicos, o criterios distintos a los ya existentes (pues lo que ordena es que para la valoración de los daños al DPH se ponderará su valor económico; y que para la de los daños en la calidad del agua se tendrá en cuenta, como ya disponía el artículo 326.2 del RDPH, el coste del tratamiento que hubiera sido necesario para evitar la contaminación causada por el vertido y la peligrosidad del mismo), sino, también, del párrafo de su exposición de motivos en el que se lee: "(...) este real decreto -ley refuerza la potestad sancionadora en materia de aguas, imprescindible para garantizar la correcta aplicación de la legislación sustantiva. Lo que era de todo punto necesario y urgente tras la declaración de nulidad parcial de la Orden MAM/85/2008, de 16 de enero, por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de noviembre de 2011, recaída en el recurso de casación núm. 6062/2010 EDJ 2011/259725 . De esta forma, se incorporan al texto refundido de la Ley de Aguas, sin perjuicio del ulterior desarrollo reglamentario, los criterios generales que se tomarán en cuenta en la valoración del daño causado en el dominio público hidráulico, determinantes para calificar la infracción. En definitiva, se garantiza el ejercicio de la potestad sancionadora con pleno respeto al principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución EDL 1978/3879), en su doble vertiente de reserva legal y tipicidad " .

SÉPTIMO.- En consecuencia, la decisión que debemos adoptar en este recurso es la siguiente: Aunque se hizo aplicando los criterios de aquella Circular del Comisario de Aguas de 26 de septiembre de 2002, la valoración de los daños causados al DPH, efectuada en el expediente sancionador mediante informe de 26 de julio de 2005 emitido por la Técnica de Control y Vigilancia del DPH, en el que se ratificó, sin añadir nuevas consideraciones, en los posteriores del 7 de febrero, 7 de marzo y 22 de agosto de 2006, es válida, en el sentido de que en ella pueden sustentarse, tanto la calificación de la infracción y la sanción que merece, como la imposición de la obligación de indemnizar aquellos daños. Ello, porque las normas jurídicas entonces vigentes no imponían como únicas valoraciones admisibles las que estuvieran basadas en criterios técnicos de carácter general previamente establecidos.

Ahora bien, que sea válida a esos dos efectos no significa (como ocurrirá también con una que se sustente en los criterios técnicos ya establecidos) que sea certera, y que el órgano jurisdiccional, si es combatida en el proceso, y en la medida en que lo sea, no deba analizarla y decidir, con aplicación en último caso de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, si la cuantía de los daños que fija es, o no, y finalmente, la que haya de tomarse en consideración.

Es esto lo que analizamos a continuación, dando respuesta a aquellas otras alegaciones que resumimos en el anterior fundamento de derecho quinto de esta sentencia.

OCTAVO.- La valoración efectuada en aquel informe de 26 de julio de 2005 tomó en cuenta los criterios lógicos que debían ser considerados en presencia de una infracción como la acreditada: consumo de agua por hectárea, atendiendo al tipo de cultivo y al sistema de riego; y valor del m³ del agua.

Para lo primero, no podemos aceptar las alegaciones que hace la actora. El Servicio de Guardería Fluvial comprobó el 12 de julio de 2005 (folio 2) el riego por inundación de 435 Has., sembradas de arroz, detallando en el informe adjunto al acta (folio 3) las coordenadas de las seis bombas instaladas para la captación y el número de hectáreas regadas con cada una de ellas (146 las dos primeras a las que se refiere; 54 la tercera; 150 la cuarta; 55 la quinta; y 30 la sexta), sin que en el acta de inspección hiciera constar nada en contra quien la firmó como representante de la empresa allí considerada regante. Comprobó el siguiente día 11 de agosto (folio 22) que se seguía regando la superficie denunciada; también el 15 de septiembre (folio 23); y asimismo el 2 de octubre (folio 24), afirmando en esta fecha que "el estado vegetativo de los cultivos de arroz, han seguido su desarrollo normal como consecuencia del riego continuado en toda la campaña". Todo ello hemos de darlo por acreditado. Al igual que lo que afirma el informe de valoración de que el riego para dicho cultivo y por aquel sistema requería 1.400 m³/Ha., pues siendo así que al cultivador le es fácil conocer si este dato es o no acertado, y en qué o por qué puede ser erróneo, es lo cierto que no vemos en las alegaciones que ha efectuado en el proceso nada que de modo serio lo ponga en tela de juicio. La que se refiere a que no todo el agua que se emplea en el riego se consume, es en sí misma o por sí sola insuficiente, pues de ella no se sigue que revierta a los canales y ríos de los que se captó, detallados en aquel informe adjunto al acta, ni, por ende, que de tal circunstancia haya de derivar realmente alguna minoración de los daños de que se trata.

En cambio, para lo segundo, no podemos alcanzar con el grado de certeza necesario en un procedimiento sancionador (es decir, sin duda razonable) que el m³ de agua tuviera allí y entonces un valor de 0,23 euros, pues la denunciada aportó al expediente administrativo, e invoca en su demanda, una serie de documentos que no avalan ese concreto valor, sin que la Administración, gravada con la carga de acreditar tal dato, haya aportado algún elemento de juicio apto para tener por cierta una cifra, la indicada de 0,23 euros, que el informe de valoración sólo afirma, pues no detalla en qué consiste y qué contiene la actualización del Estudio del impacto socioeconómico que en ese momento cita.

Colocados así en una situación en la que es innegable que la conducta infractora causó daños al DPH, y en la que, por tanto, no sería razonable cifrar su importe en cero euros; debemos analizar si las alegaciones hechas y los elementos de juicio aportados al proceso permiten concretarlo con aquel grado de certeza. En dicha labor, debemos desechar ante todo que ese importe sea el que resulte de la mera aplicación del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua, pues las causas por las que se imponen esas exacciones no son las de abonar el valor del agua que se utilice, tal y como resulta de la sola lectura del artículo 114 del TRLA. En cambio, el estudio de aquellos documentos -prescindiendo del sexto de los que cita la demanda (que obra a los folios 493 y siguientes del expediente) por tratarse de uno sobre esas exacciones- sí nos permite descartar lo que en un proceso como éste es importante: que el repetido importe fuera inferior a una determinada cifra. No convence el primero de ellos (folios 240 y ss.), tanto por no ser su objetivo el cálculo del valor del agua (folio 249), como por referir al año 2002 el coste que cita (folio 254). Tampoco el segundo (folios 367 y ss.), pues su objeto específico es determinar la productividad del agua en el regadío andaluz, tomando como fuentes del Cuadro 17 en el que se fija la actora unos datos de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de los años 1996 a 2002, y citando unos costes que se dice que son elaboración propia de una mercantil ahí mencionada (folio 387). Ni el tercero (folios 399 y ss.), pues es una ponencia que reconoce en el epígrafe que indica la actora (folio 405), que las aguas superficiales para regadío están muy subvencionadas con dinero público, y que, según dice la propia demanda, toma como datos para el cálculo del coste del agua unos del año 2000. Tampoco lo hace el quinto (folios 454 y ss.), pues en él sólo hay cifras, faltando, como en el informe de valoración de 26 de julio de 2005, toda explicación o sustento. Ni el último de los aportados (folios 628 y ss.), pues se trata de un informe encargado por la actora para el que no pidió que fuera objeto de ratificación y explicación en el proceso. Más fiable es el cuarto (folios 410 y ss.), a pesar del año, 2004, en que se elabora. Lo es por la procedencia de la mayor parte de los datos que dice utilizar (folio 412): la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía; también, por haber sido patrocinado por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir; y, en fin, por sus referencias al coste del agua y al valor de la misma. En él, en la página que cita la demanda, se habla en efecto de un coste medio de 10 céntimos de euro por metro cúbico.

Por tanto y en conclusión, calculado el consumo infractor en 609.000 m³, puede fijarse sin duda razonable que el daño causado al DPH asciende, al menos, a 60.900 euros. Éste ha de ser el importe de la indemnización a que está obligado el infractor. Y, para mantener la regla de proporcionalidad que resulta del Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de junio de 2011, no cuestionada, y de los artículos 317 y 318 del RDPH, la sanción pecuniaria a imponer debe ser de 120.000 euros.

NOVENO.- Hemos adelantado esa conclusión antes de abordar el resto de los motivos de impugnación, porque los que quedan son de todo punto similares a los que la misma actora planteó en el recurso 601/2011 EDJ 2013/127533, desestimado en aquella sentencia ya citada de 28 de junio de 2013. Así, el referido a la nulidad por falta de competencia del Consejo de Ministros para sancionar las infracciones graves, fue rechazado en el fundamento de derecho séptimo de dicha sentencia. El que alude a que los terrenos en cuestión forman parte del dominio público marítimo-terrestre, y, también, a que en los años 1998, 1999 y 2000 obtuvo la actora autorizaciones temporales para el riego, con las consecuencias que de ello extrae, en particular la referida a una (indefendible, desde luego) confianza de que asimismo la obtendría para el año 2005, lo fueron en los párrafos primero y último de su fundamento de derecho octavo. Y, en fin, el que, con igual detalle que entonces, vuelve a hacer genéricas invocaciones a los principios de la potestad sancionadora, como son la presunción de inocencia, responsabilidad y proporcionalidad, en el párrafo segundo de ese mismo fundamento de derecho.

Tan solo añadir, de modo explícito, que nada vemos en absoluto a favor de la buena fe con que se dice que habría actuado la actora. Las circunstancias del caso, y en especial la carencia de autorización para el riego desde el año 2001, así como el tenor de la condición décima de las autorizaciones de la Demarcación de Costas en Andalucía Occidental que obran a los folios 7 a 9, 10 a 12 y 13 a 15 del expediente administrativo, hablan más bien de lo contrario.

DÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA EDL 1998/44323, no procede imponer a una sola de las partes las costas causadas.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLO

ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso-administrativo que interpone la representación procesal de la entidad "Unión de Cooperativas de las Marismas, S.C.A. de 2º Grado" contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de junio de 2011, resolutorio del recurso de reposición deducido frente al de 13 de octubre de 2006. Anulamos ambos Acuerdos, rebajando a 120.000 euros el importe de la sanción pecuniaria que procede imponer a aquella, y a 60.900 euros el de la indemnización que debe abonar por los daños que con su conducta infractora causó al dominio público hidráulico; manteniendo, en los términos en que se le impuso, la obligación de retirar todo elemento que haga presumir la captación abusiva de aguas. Sin imposición de las costas causadas. Y

Rectificamos la doctrina legal declarada en la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley número 128/2002 EDJ 2003/171954 , en el sentido, y sólo en él, de sustituir la frase de su párrafo segundo que dice "(...) el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación (...)", por esta otra: "el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , en la fecha en que se llevó a cabo".

Publíquese en el Boletín Oficial del Estado, a los efectos que dispone el artículo 100.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio EDL 1998/44323 , estos dos últimos párrafos del fallo de esta sentencia.

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. D. José Manuel Sieira Míguez D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez D. Ricardo Enriquez Sancho D. Jorge Rodríguez-Zapata Perez D. Pedro José Yague Gil D. Rafael Fernandez Montalvo D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Manuel Campos Sanchez-Bordona D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D. Eduardo Espin Templado D. José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Rafael Fernandez Valverde D^a Celsa Pico Lorenzo D. Octavio Juan Herrero Pina D. Emilio Frias Ponce D. José Diaz Delgado D. Eduardo Calvo Rojas D. Luis María Díez-Picazo Gimenez D. Joaquin Huelin Martínez de Velasco D^a Pilar Teso Gamella D. Juan Carlos Trillo Alonso D. José Antonio Montero Fernandez D^o María Isabel Perello Domenech D. Carlos Lesmes Serrano D. José María del Riego Valledor D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo D. Diego Cordoba Castroverde D. José Juan Suay Rincon D. Ramon Trillo Torres D. Vicente Conde Martin de Hijas D. Manuel Martin Timon D. Jesus Ernesto Peces Morate D. Juan Gonzalo Martinez Mico

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Contencioso-Administrativo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:03/12/2013

VOTO PARTICULAR, que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate al disentir de lo resuelto por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia pronunciada el 3 de diciembre de 2013 en el recurso contencioso-administrativo 557 de 2011, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez, D. Jorge Rodríguez-Zapata Perez, D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, D. Rafael Fernandez Valverde, D. Eduardo Calvo Rojas y D. José Juan Suay Rincon.

PRIMERO.- Nuestra discrepancia con la decisión del Pleno se centra en el juicio que efectúa acerca de la valoración de los daños al dominio público hidráulico, en orden a la calificación de las infracciones tipificadas en la Ley de Aguas y en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico por entender en la sentencia que, a pesar de lo establecido en los artículos 28.j) y 117.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001 de 20 de julio, y en el artículo 326 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, redactado por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo EDL 2003/11169 , no es necesario el establecimiento de criterios técnicos generales para proceder a la valoración de los daños al dominio público hidráulico y consiguiente tipificación, calificación y sanción de las conductas infractoras sino que basta con estar al contenido de cada procedimiento para comprobar si esos daños están justificados.

En el concreto caso enjuiciado, a pesar de que la entidad sancionada discutió esa valoración y el Pleno de la Sala afirma que no puede llegar al grado de certeza necesario en un procedimiento sancionador porque la Administración, gravada con la carga de acreditar tal dato, no ha aportado un elemento de juicio apto para tener por cierta una cifra, llega a la conclusión de que los daños al dominio público hidráulico ascienden a la cantidad de sesenta mil novecientos euros, importe de la indemnización que fija a cargo de la infractora y que sanciona con una multa de ciento veinte mil euros, con fundamento en que la entidad demandante, entre otros precios del agua que opuso al fijado por el acuerdo del Consejo de Ministros de 0,23 euros por metro cúbico, indicó el de diez céntimos de euro por metro cúbico.

La primera reflexión que suscita este modo de valorar el Pleno de la Sala los daños al dominio público hidráulico es, cuando menos, su carácter aleatorio derivado de un criterio meramente subjetivo y completamente alejado de la exigencia de justificación y motivación suficiente a cargo de la Administración que ejerce la potestad sancionadora, según el propio Pleno de la Sala declara en la sentencia, para quien aquella « no ha aportado un elemento de juicio apto para tener por cierta una cifra ».

Aun con ser la expresada objeción de suficiente entidad como para no compartir el criterio de la mayoría de la Sala en orden a la calificación de la infracción cometida por la entidad demandante, de la multa y de la indemnización que debe soportar, no es esta la primordial razón de nuestra discrepancia con la decisión del Pleno, sino que nuestro total desacuerdo se centra en que éste ha asumido el criterio jurisprudencial que en cuatro sentencias, de fechas 11, 14 y 28 de junio, y 8 de octubre, todas de este año 2013 (recursos 325/2010 EDJ 2013/127531 , 516/2011 EDJ 2013/120933 , 601/2011 EDJ 2013/127533 y 2484/2010 EDJ 2013/197239), ha mantenido la Sección Cuarta de esta Sala, separándose así, sin expresar abiertamente las razones del cambio, de lo que venía declarando la Sección Quinta de la misma Sala al enjuiciar hechos y conductas acaecidos a partir de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 326.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico dada por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo EDL 2003/11169 , y que,

a pesar de lo indicado en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia del Pleno de la Sala, siempre sostuvo idéntica tesis, la que ha culminado con una modificación legislativa, según expondremos seguidamente.

SEGUNDO.- El artículo 326.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, en su primitiva redacción, establecía que: « La valoración de los daños al dominio público hidráulico se realizará por el órgano sancionador mediante la ponderación del menoscabo de los bienes afectados por la infracción. Esta valoración se aplicará tanto a la tipificación de las infracciones y a la fijación de las multas previstas en los correspondientes artículos de este capítulo como a la determinación de las indemnizaciones que procedan por dichos daños », para seguidamente, en el apartado 2, fijar el modo de valoración cuando el daño se produjese en la calidad del agua.

El mismo precepto quedó redactado, a partir del Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo EDL 2003/11169, con el siguiente contenido: « 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 Ministerio de Medio Ambiente establecerá los criterios técnicos para su determinación ». También el segundo apartado fue redactado de nuevo para señalar los criterios para valorar los daños en la calidad del agua, añadiendo al coste del tratamiento del vertido, su peligrosidad y la sensibilidad del medio receptor.

Por su parte, el artículo 117 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, bajo el enunciado de " calificación de las infracciones ", dispone que las infracciones se calificarán reglamentariamente de leves, menos graves, graves o muy graves, atendiendo a una serie de criterios que enumera.

TERCERO.- A la vista de lo establecido en los artículos 28.j) y 117 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y de la nueva redacción dada por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, al artículo 326.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, la Sección Quinta de la Sala Tercera, quien tenía atribuido el conocimiento de tal materia por las normas de reparto de asuntos, hasta que, en el año 2013, se adjudicó a la Sección Cuarta, venía declarando que la calificación como leves, menos graves, graves o muy graves, a partir de la entrada en vigor del referido Real Decreto, requería que la Administración estableciese unos criterios técnicos de valoración para ser tenidos en cuenta con carácter general a efectos de calificar las infracciones tipificadas por la Ley de Aguas y del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, sin que tales criterios generales pudieran ser sustituidos a tal fin por circulares o informes.

La exigencia de contar con esos criterios generales para la valoración de los daños al dominio público hidráulico a efectos de calificar las infracciones encuentra también justificación legal en lo dispuesto en el citado artículo 28.j) del mentado Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que, entre las atribuciones de la Junta de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas, contempla la de « aprobar, en su caso, criterios generales para la determinación de las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, de acuerdo con el artículo 118 de la presente Ley ».

El fundamento último, de riguroso carácter hidrogeológico, está en la configuración, ya incorporada por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas EDL 1985/9018, y reiterada por a la Ley 46/1999, de 13 de diciembre EDL 1999/63732, que modifica la anterior, del agua como un recurso unitario renovable a través del ciclo hidrológico sin distinguir entre aguas superficiales y subterráneas, concepto este que requiere uniformidad en la valoración de los daños que se le causen, para lo que resulta imprescindible contar con criterios técnicos generales, tanto para calificar las infracciones como para fijar las indemnizaciones.

CUARTO.- La sentencia del Pleno justifica, en cierta manera, el apartamiento de la doctrina jurisprudencial mantenida por la Sección Quinta de la Sala en que la tesis, de la que se separó la Sección Cuarta en las cuatro referidas sentencias, no era uniforme y constante, y así cita, en los apartados A y C del fundamento jurídico sexto, seis sentencias que no sostuvieron la misma doctrina relativa a la exigencia de criterios técnicos generales de valoración de los daños al dominio público hidráulico.

Pues bien, contrariamente a lo expresado en ese fundamento jurídico sexto, cinco de las sentencias citadas enjuician, según se declara en las mismas, hechos ocurridos con anterioridad a la redacción dada al artículo 326.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo EDL 2003/11169, y en la de 13 de noviembre de 2009 (recurso ordinario 130/2007) EDJ 2009/271362 no se menciona la fecha en la que ocurrieron los hechos, lo que impide conocer si se aparta o no de la tesis unánimemente aceptada por todas las sentencias de la Sección Quinta de la Sala Tercera que enjuiciaron hechos sucedidos después de la entrada en vigor del mencionado Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo EDL 2003/11169.

Una de las razones que se expresa en las cuatro repetidas de la Sección Cuarta de esta Sala Tercera, pronunciadas todas el presente año 2013, además de la falta de un criterio jurisprudencial uniforme, lo que, como hemos indicado, no es exacto, para apartarse de esa doctrina jurisprudencial, es la de evitar que la falta de criterios técnicos generales para la valoración de los daños al dominio público hidráulico impida a la Administración sancionar las conductas infractoras que hayan causado daños a ese demanio, generando así la impunidad de conductas merecedoras de sanción, pero tan encomiable propósito no es cometido de la jurisdicción, que, antes bien, debe controlar la legalidad de la actuación administrativa garantizando que la potestad sancionadora de la Administración se ejerza con absoluto respeto del principio de legalidad (artículos 25.1 y 106.1 de la Constitución EDL 1978/3879).

QUINTO.- La decisión del Pleno de esta Sala, de la que disentimos abiertamente, se viene a adoptar cuando tanto la Ley de Aguas como el Reglamento del Dominio Público Hidráulico han incorporado a sus respectivos textos la referida jurisprudencia emanada de la Sección Quinta de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Es suficiente para constatarlo con remitirnos a lo dispuesto en el artículo 1. Cinco, Seis y Siete del Real Decreto-Ley 17/2012, de 4 de mayo EDL 2012/69349, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y a la Ley 11/2012, de 19 de diciembre EDL 2012/271621, que lo sustituye, cuya exposición de motivos se cita y transcribe en el último párrafo del fundamento jurídico sexto de la sentencia del Pleno, del que, sin embargo, éste no deduce la

consecuencia ineludible que presupone tal modificación, cual es la exigencia de que reglamentariamente se han de establecer « criterios generales que han de tomarse en cuenta en la valoración del daño causado en el dominio público hidráulico, determinantes para calificar la infracción » y, en definitiva, para garantizar « el ejercicio de la potestad sancionadora con pleno respeto al principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución EDL 1978/3879), en su doble vertiente de reserva legal y tipicidad ».

La sentencia del Pleno se hace eco de tal modificación legislativa sin deducir de ella la necesidad de establecerse reglamentariamente criterios generales para la valoración del daño causado en el dominio público hidráulico, pero omite que, al haberse llevado a cabo tal fijación reglamentariamente mediante la modificación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico por el Real Decreto 670/2013, de 6 de septiembre EDL 2013/173154 , la exposición de motivos de éste, contrariamente al parecer del Pleno, quien entiende que el mandato que había introducido la modificación del mismo Reglamento por Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo EDL 2003/11169 , relativo al establecimiento de criterios técnicos generales para la valoración de los daños al dominio público hidráulico, no es un elemento constitutivo del tipo infractor, señala que « El segundo de los objetivos de la presente modificación del Reglamento de Dominio Público Hidráulico se refiere al desarrollo de los criterios que deberán aplicarse para valorar el daño en el dominio público hidráulico por los hechos que pudieran ser constitutivos de infracción en materia de aguas, que servirán para tipificar la infracción; de acuerdo a esta tipificación se asignará la correlativa sanción de acuerdo con el principio de proporcionalidad ».

Esta clara asunción por el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de aquella consolidada doctrina jurisprudencial, la excepciona la sentencia del Pleno declarando que es tras el establecimiento de criterios técnicos generales cuando la Administración habrá de sujetarse necesariamente a ellos, pero no antes, de manera que sólo a partir de ella habrá de reputarse inválida e ineficaz una valoración de daños al dominio público hidráulico que no se haya realizado de acuerdo con los criterios establecidos, y ello tanto a los efectos de la calificación de la infracción como al de fijar la indemnización que proceda, con lo que se elude o hace caso omiso a lo que disponían categóricamente con anterioridad los artículos 28.j) y 117.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio EDL 2001/24107 , y 326.1 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, redactado por Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo EDL 2003/11169 , interpretados por una jurisprudencia constante, recogida en múltiples sentencias pronunciadas por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, incorporada al ordenamiento jurídico positivo por la Ley y Reglamento citados, con lo que la nueva doctrina jurisprudencial, según se reconoce en la propia sentencia del Pleno, representa un paréntesis inducido por el afán de evitar la impunidad, aunque ello conlleve, a nuestro parecer, la quiebra del principio de legalidad, cuya preservación es el genuino cometido de la jurisdicción.

Por lo expuesto, consideramos que el recurso contencioso-administrativo deducido por la entidad demandante frente al acuerdo sancionador del Consejo de Ministros de 17 de junio de 2011, debe ser estimado con la consiguiente anulación de éste, pero no para reducir meramente la sanción pecuniaria impuesta en atención a la cuantía de los daños al dominio público hidráulico, aleatoriamente fijada por la sentencia del Pleno en sesenta mil novecientos euros, que, a su vez, se fijan como indemnización a cargo de la entidad responsable de la infracción, sino para sancionar la conducta de ésta sin atender al daño causado al dominio público hidráulico, que ni está debidamente acreditado por la Administración demandada ni se han observado en su determinación criterios técnicos generales previamente establecidos en la forma legal y reglamentariamente dispuesta, y, por consiguiente, al haber consistido la acción infractora en la derivación de aguas de sus cauces sin la correspondiente concesión o autorización, deberá ser sancionada con la multa correspondiente prevista en el artículo 318.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico por haber incurrido en la infracción menos grave tipificada en los artículos 116.3 b) del Texto Refundido de la Ley de Aguas y 316. c) del citado Reglamento del Dominio Público Hidráulico, con el consiguiente deber de retirar todo elemento que haga presumir la captación abusiva de aguas, sin imposición de costas.

Dado en Madrid en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

D.Mariano de Oro-Pulido y Lopez D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

D.Manuel Campos Sanchez-Bordona D. Rafael Fernandez Valverde

D. Eduardo Calvo Rojas D. José Juan Suay Rincon

D. Jesus Ernesto Peces Morate

Publicación. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079139912013100012