

Roj: SAN 1433/2011
Id Cendoj: 28079230012011100122
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 337/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

sanción al dominio público hidráulico, vertido, carencia de sustento de la valoración de los daños al dominio público hidráulico al realizarse de acuerdo a criterios de un ,borrador, de una Orden. Calificación de la infracción (artículo 116.3 f) TRLA como menos grave en lugar de grave.

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de marzo de dos mil once.

Visto por la Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso

administrativo número **337/2008** interpuesto por la entidad **SAN MIGUEL ARCÁNGEL S.A.**, representada por la Procuradora Sra.

Lasa Gómez contra la resolución de la Sra. Ministra de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de fecha 10 de abril de 2008;

habiendo sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, incoándose el correspondiente procedimiento, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se anule la resolución recurrida por ser contraria a derecho, con imposición de costas a la Administración demandada.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto en todos sus extremos, con imposición de costas a la recurrente.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, practicada la admitida y evacuado el trámite de alegaciones, se señaló para votación y fallo el día 23 de marzo de 2011.

La cuantía del recurso se ha fijada en 101.844,38 Euros.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. *D^a. María LOURDES SANZ CALVO* .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Sra. Ministra de Medio Ambiente de fecha 10 de abril de 2008 por la que se impone a la entidad San Miguel Arcángel S.A. una sanción de multa de 101.844,38 euros, más una indemnización de 15.276,81 euros por los daños causados al dominio público hidráulico, por la comisión de una infracción grave, tipificada en el *artículo 116.3 apartados a) y f) del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio* , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. También acuerda dicha resolución requerir a San Miguel Arcángel S.A. para que cese inmediatamente en los vertidos y para que en el plazo de 15 días inste, ante el Organismo de cuenca, la preceptiva legalización de los mismos.

El citado *artículo 116.3 .f)* aplicado por la resolución recurrida, tipifica como infracción *administrativa* "Los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones del desagüe del cauce receptor, efectuados sin contar con la autorización correspondiente".

En tanto que el apartado a) del citado precepto se refiere a las acciones que causen daños a los bienes de dominio público hidráulico.

La citada infracción se sustenta en los siguientes hechos: realizar vertidos de aguas residuales de naturaleza industrial al cauce del arroyo La Parrilla, vertidos que a la vista de los resultados analíticos obtenidos tienen carácter contaminante y capacidad de afección a la calidad de las aguas, todo ello sin autorización de vertido del Organismo de Cuenca.

SEGUNDO.- La actora comienza exponiendo en cuanto a la actividad de la entidad recurrente, que es una empresa dedicada al procesado y a la valorización de biomasa del olivar procedente de almazaras, cuya actividad se desarrolla en el término municipal de Villanueva del Arzobispo. Señala que las aguas residuales del proceso o actividad que desarrolla, no son vertidas al dominio público hidráulico pues son reutilizadas en el proceso productivo de la actividad una vez que son tratadas por la EDAR de la planta por lo que no necesitan autorización de vertido. Que si es necesaria dicha autorización para las aguas residuales domésticas (de aseos y servicios existentes en la industria), contando con dicha autorización de vertido si bien el medio receptor son tres zanjas o pozos filtrantes, no un cauce del dominio público hidráulico, como puede ser el arroyo La Parrilla.

Como motivos de impugnación invoca los siguientes: a) Falta de prueba de que el vertido fue realizado por la recurrente; b) Falta de tipicidad de la acción imputada; c) Falta de motivación de la cuantificación de los daños al dominio público hidráulico; d) Falta de contradicción y e) Vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción y falta de motivación de la misma.

Siguiendo con el orden expuesto en la demanda se va a analizar en primer lugar, la invocada falta de acreditación de que el vertido fue realizado por la entidad San Miguel Arcángel S.A.

Se alega a tal fin que la toma de muestras se realizó en el exterior de las instalaciones de dicha empresa, pudiendo estar el cauce ya afectado en el momento de recibir las aguas que pueda generar la actividad de la recurrente y que el vertido contaminante pudo tener su origen en la empresa Energía de la Loma S.A aguas situada aguas arriba del arroyo, o en un vertido clandestino realizado por tercero etc, sin que pueda presumirse en contra de la presunción de inocencia que el recurrente es responsable de dicho vertido.

Obra al expediente -folio 13- acta de vertido de aguas residuales fecha 29 de enero 2007 suscrita por el químico de la empresa recurrente, en representación de ésta y por el Guarda Fluvial. En dicha acta se hace constar que se está vertiendo aguas residuales en la salida del colector de la empresa al arroyo La Parrilla, sin que el representante de la empresa hiciera constar nada al respecto. El acta de toma de muestras levantada en la misma hora y fecha que la anterior y suscrita por las mismas personas, refleja que se tomaron 2 muestras a la salida del colector que vierte al arroyo La Parrilla, entregándose una de ella al representante de la empresa para su análisis, sin que tampoco se haga constar observación alguna.

La recurrente ya efectuó dicha alegación en vía administrativa y al objeto de comprobar si en la red de colectores de la empresa se incorpora el vertido de otra empresa al colector que vierte en el arroyo La Parrilla, se encomendó visita de inspección al Técnico de Vertidos de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (CHG) Sr. Demetrio , que emitió el informe obrante al folio 62 del expediente. En dicho informe se indica que existen dos colectores situados fuera de las instalaciones de la extractora aunque colindantes con el vallado que delimita el perímetro de la misma, donde están conectados varios registros o sistemas de colectores procedentes de la empresa extractora y que alrededor de los mismos no existe actividad industrial alguna, ni viviendas etc que puedan generar vertidos contaminantes capaces de incorporarse a

dichos colectores. Según el citado Técnico de Vertidos, la única posibilidad de incorporarse otros vertidos al realizado por la recurrente son las aguas pluviales que puedan discurrir por un camino rural limítrofe a la extractora junto con las aguas de escorrentía natural que pudieran circular por el terreno contiguo a la empresa debido a la orografía del mismo.

Informe que sirve de sustento a la resolución impugnada para atribuir el vertido a la citada empresa.

En vía jurisdiccional se ha practicado prueba testifical del Guarda Fluvial que practicó la toma de muestras y del químico de la empresa que estuvo presente en dicho acto. El Guarda fluvial contestó que es cierto que la empresa no realiza vertidos a cauce público procedentes de su proceso productivo, pero que a veces debido a la lluvia o a alguna fuga puede suceder que haya algún vertido. Al responder, en concreto a la pregunta duodécima, manifestó que las aguas proceden de la empresa recurrente, observándose en el momento de la visita que en el arroyo, en la parte superior donde se tomó la muestra no se observaba vertido alguno, sino que es a partir del punto donde se tomó la muestra.

El Sr. Francisco , químico de la empresa ha reiterado, vía prueba testifical, que la muestra se tomó en un punto situado a la salida del colector que vierte al arroyo La Parrilla, en el exterior de las instalaciones de la empresa, extremo que no se cuestiona por la resolución impugnada.

Se ha practicado también a instancia de la actora prueba pericial judicial, emitiéndose dictamen en el que se alude a la existencia de un camino agrícola junto a la valla de la empresa, por el que transitan remolques con aceitunas (en la fecha en que se tomaron las muestras era plena campaña de recogida y transporte de aceitunas) pudiendo producirse caídas de dichos productos que se descomponen y dan lugar a elementos contaminantes, que hubo lluvias ese día y los anteriores en la zona, según datos recabados de la Estación Meteorológica de Villacarrillo, por lo que es normal que nacieran aguas de escorrentía arrastrando los citados vertidos sobre las arquetas B y C y estas aguas abajo hasta el lugar salida del colector.

Es decir dicha prueba viene en esencia a ratificar lo informado por el Técnico de Vertidos. Cabe destacar, como argumenta la resolución impugnada y enlazando con el segundo motivo de impugnación (falta de tipicidad de la conducta imputada), que en la autorización de aguas residuales domésticas a tres zanjas o pozos filtrantes se dice que las únicas aguas que pueden restablecerse al cauce son las aguas pluviales limpias con unos valores límites de emisión -folio 5 del expediente- ampliamente aquí rebasados, por lo que cualquier otro vertido de esta empresa no está autorizado. En la propia demanda se viene a reconocer -página 3- que las pluviales "sucias" o productos de precipitaciones con restos de orujo y orujillo, no pueden ser objeto de vertido y se dice que son conducidas hasta una balsa de desecación impermeabilizada que, en caso de llenarse el excedente iría a las balsas de recepción del orujo.

Pero lo cierto es que de la valoración de la prueba practicada se ha constatado la realidad del vertido; que el representante de la empresa presente en dicho acto no opuso nada al punto de toma de muestras; que el vertido procede de la empresa recurrente, estándose vertiendo aguas residuales en la salida del colector de la empresa al arroyo de La Parrilla y que las pluviales sucias no pueden restablecerse al cauce.

El artículo 100 del TRLA dispone " A los efectos de la presente Ley , se considerarán vertidos los que se realicen directa o indirectamente en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada . Queda prohibido con carácter general el vertido directo de aguas y productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, salvo que cuenten con autorización administrativa".

Por tanto, acreditada la realidad de un vertido proveniente de la empresa recurrente, que conforme los análisis realizados tiene carácter contaminante, y para el que se carece de la correspondiente autorización, procede desestimar los dos primeros motivos de impugnación.

TERCERO.- En cuanto a los daños al dominio público hidráulico, se invocan irregularidades en la toma de muestras y en la realización de los análisis de las mismas y falta de motivación de la cuantificación de los daños causados al dominio público hidráulico.

Respecto a las tomas de muestra se esgrime que se ha incumplido la norma UNE-EN 25667-2 que recoge una guía para las técnicas de muestreo, pues se desconoce el tipo de envases, si fueron etiquetados precintados y sellados, no se ha dejado constancia de la forma de conservación de las mismas, ni de los análisis a que han sido sometidas en el laboratorio, además de haber transcurrido los tiempos máximos de conservación de las muestras. No observar dichas garantías, esgrime la actora, supone un grave incumplimiento de las normas reguladoras del expediente sancionador que hace inviable que pueda

tomarse en consideración como prueba de cargo. También considera que se deberían haber tomado muestras aguas arriba y abajo con respecto a la salida del colector.

Frente a dichos alegatos y la prueba pericial que los sustenta, cabe señalar que las muestras se tomaron ante el químico de la empresa, en representación de ésta y que no hizo observación alguna respecto a la forma en que se tomaron, los envases en que se guardaron etc.

Como señala reiterada jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 28 de febrero de 2006, Rec. 272/2003 , 17 de julio de 2009, Rec. 140/2007 , 21 de octubre 2009, Rec. 109/2008), lo relevante en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado por vertidos contaminantes de las aguas, es que haya quedado plenamente acreditada la realidad y existencia del vertido y su naturaleza contaminante, independientemente del número de muestras tomadas. Criterio que según el TS es el que también se deduce de la doctrina establecida en la STC 42/1999, de 22 de marzo , al examinar si se conculcaron el derecho a la presunción de inocencia y las garantías necesarias en la actividad probatoria por vertidos contaminantes, constitutivos de un delito contra el medio ambiente.

Conviene recordar, en cualquier caso, que con carácter general, los defectos de forma solo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o provoque la indefensión de los interesados, *ex artículo 63.2 de la Ley 30/1992*. Para que la indefensión tenga la eficacia invalidante es preciso que no se trate de meras irregularidades procedimentales, sino de defectos que causen una situación de indefensión de carácter material, no meramente formal, esto es, que la misma haya originado al recurrente un menoscabo real de su derecho de defensa causándole un perjuicio real y efectivo (entre otras, SSTC 155/1988, de 22 julio ; 212/1994 , de 13 de julio ; 137/1996, de 16 de septiembre ; 89/1997 , de 5 de Mayo ; y 78/1999, de 26 de abril). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo , en Sentencias de 21 de mayo 2003 (Rec. 5605/98), 24 de mayo 2006 (Rec. 4692/2000) , etc.

Por otra parte, en las conclusiones del informe pericial practicado se señala que los técnicos de la CHG que han practicado los análisis de las muestras tienen capacidad y experiencia teórica muy suficiente y alta para ello, así como la de los laboratorios de utilización. Análisis de los laboratorios de la CHG que obran a los folios 14 y 5 en los que se describen los métodos de ensayo utilizados para analizar cada parámetro.

Al representante de la empresa se le entregó una muestra de cada toma para su análisis -folio 12- con lo que pudo contradecir y, en su caso, desvirtuar el resultado de los análisis efectuados por el laboratorio de la Confederación, a los que pudo asistir una persona designada por la empresa, como se reseña en la propia acta -folio 12-, por lo que no puede hablarse de vulneración del principio de contradicción respecto de dichos análisis, que se articula como independiente.

La realidad del vertido ha quedado ya acreditada y su carácter contaminantes se constata de los resultados arrojados por los análisis de la muestra de vertido, -folios 14 y 15 siguientes respecto los Sólidos en Suspensión (100 mg/l), DQO (5066,9 mg/l) y DBO5 (3634,4 mg/l) que superaban con mucho los límites establecidos para el vertido de las aguas pluviales -folio 5 del expediente-. Resultados de dichos análisis que al no haberse desvirtuado mediante otros análisis contradictorios, revisten plena eficacia probatoria.

CUARTO.- Se impugna la valoración de los daños calculados por la Administración y se denuncia la ausencia de motivación respecto a su cuantificación. Señala que el citado informe se fundamenta en criterios técnicos " *establecidos en el borrador de Orden Ministerial de noviembre 2006, por el que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al Dominio Público Hidráulico*". Se trata de una Orden que no estaba en vigor en la fecha de la valoración sino que fue finalmente aprobada en 2008, por lo que considera vulnerado el principio de legalidad sancionadora. Además señala que no se motiva suficientemente el coste de depuración ni el caudal de vertido (7,78 m3/d) que no resulta de la aplicación de un caudal medio de 0,09 litros segundos que es el que se refleja en el acta de toma de muestras.

Obra a los folios 19 y siguientes del expediente un informe del Técnico de Área de Calidad de las Aguas de marzo de 2007 en el que se valoran los daños causados al dominio público hidráulico. En dicho informe se calculan dichos daños atendiendo al coste de tratamiento del vertido; a su peligrosidad y a la sensibilidad cualitativa (calidad de aguas) y cuantitativa (caudales circulantes) del medio receptor, duración del vertido (1 día), con arreglo a una fórmula que se cita en el informe, arrojando como resultado las operaciones de cálculo realizadas una valoración de 15.276,81#.

El Tribunal Supremo SSTS, de 15 de octubre de 2009 (Rec. 275/2005) y 1 de febrero de 2010 (Rec.

462/2007), señala que la valoración de los daños al dominio público hidráulico no puede hacerse al margen de lo establecido en los *artículos 28 j) en relación con el 118 ambos del TRLA y 326.1 del RDPH*, que requieren la fijación de unos criterios generales para la determinación de las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico y que en contra de esta regla han venido realizándose valoraciones a partir de unos simples informes del Comisario de Aguas o del Área de Calidad de las Aguas de la Confederación, que no se basan en unos criterios generales adoptados con anterioridad por lo que considera que dichos informes están privados de sustento. También se pone de relieve que con posterioridad vino a solventar estas cuestiones la Orden 85/2008, de 16 de enero, por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico.

En el caso de autos, la valoración de daños al dominio público hidráulico no se basa en esos criterios generales para la determinación de los daños al dominio público hidráulico que corresponde adoptar a la Junta de Gobierno de los Organismos de cuenca *ex artículo 28 .j)* en relación con el *artículo 118 TRLA* . Se realiza por el contrario y como consta al pie del informe de valoración, de acuerdo con los criterios establecidos en un "borrador" de una OM de noviembre de 2006 por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al Dominio Público Hidráulico y que no fue aprobada y entró en vigor sino hasta 2008, por lo que dicho informe de valoración carece de validez y no puede ser tomado en consideración.

La ausencia de una valoración válida de los citados daños al dominio público hidráulico conlleva que deba dejarse sin efecto la indemnización de los citados daños y también impide imputar a la recurrente una infracción grave al no poder tomarse en consideración dicha valoración para graduar la gravedad de la infracción.

Ahora bien, ello no implica que la conducta del Canal de Isabel II no sea encuadrable en ningún tipo de infracción, teniendo perfecto encaje en el tipo básico del *artículo 116.3.f) TRLA* , precepto aplicado por la resolución recurrida, siendo constitutiva de la infracción menos grave descrita en el *artículo 316.g) del Reglamento de Dominio Público Hidráulico* , al no poderse aplicar la agravación en función de los daños.

En cuanto a la sanción a imponer, de conformidad con la cuantía de la sanción prevista para las infracciones menos graves (*artículos 117.1 del texto refundido de la Ley de Aguas y 318.1 .b/ del Reglamento del Dominio Público Hidráulico*), en el caso presente procede imponer a San Miguel Arcángel S.A la sanción de multa de 10.000 euros.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción* , no se aprecian motivos para efectuar una expresa condena en costas.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por entidad **SAN MIGUEL ARCÁNGEL S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Lasa Gómez contra la resolución de la Sra. Ministra de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de fecha 10 de abril de 2008, que se anula parcialmente en el sentido de calificar la infracción como menos grave en lugar de grave, reducir en consecuencia la sanción de multa impuesta a 10.000 # y dejar sin efecto la indemnización por daños al dominio público hidráulico; sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes con indicación de que no cabe contra la misma recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

EL SECRETARIO JUDICIAL