



Roj: STSJ CLM 3398/2011
Id Cendoj: 02003330022011101178
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Albacete
Sección: 2
Nº de Recurso: 1107/2007
Nº de Resolución: 956/2011
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: PASCUAL MARTINEZ ESPIN
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 00956/2011

Recurso núm. 1107/2007

Albacete

S E N T E N C I A Nº 956

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

Dª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

D. Pascual Martínez Espín

En Albacete, a trece de diciembre de dos mil once.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **1107/2007** el recurso contencioso administrativo seguido a instancia de la mercantil "**FUENTE DEL MAGUILLO, S.L.U**" , representada por el Procurador D. Lorenzo Gómez Monteagudo y dirigida por el Letrado Sr. Fernández Manjavacas contra **CONFEDERACION HIDROGRÁFICA DEL GUADALQUIVIR**, que ha estado representado y dirigido por el Sr. Abogado del Estado, sobre **SANCION POR DERIVACIÓN DE AGUAS**; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Pascual Martínez Espín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha 3 de septiembre de 2007, recurso contencioso-administrativo contra la Resolución dictada por la CONFEDERACION HIDROGRÁFICA DEL GUADALQUIVIR de fecha 13-6-2007, en el expediente sancionador D-498/06-J, que le impuso una multa de 240,40 #, obligación de retirar todo elemento que haga presumir la captación abusiva de aguas y obligación de abstenerse de derivar aguas públicas sin contar con la correspondiente autorización de ese organismo, por haber cometido una infracción leve consistente en derivar aguas de la fuente del Maguillo para usos domésticos de un complejo turístico compuesto de hotel, cabañas y riego de jardines.

Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando se dicte sentencia estimando el recurso de conformidad con lo interesado en el suplico de la misma.

SEGUNDO.- Contestada la demanda por la Administración demandada, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso.

TERCERO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se reafirmaron las partes en sus escritos de demanda y contestación, por vía de conclusiones, se señaló día y hora para votación y fallo el 24-10- 2011, en que tuvo lugar.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete al enjuiciamiento de esta Sala la Resolución dictada por la CONFEDERACION HIDROGRÁFICA DEL GUADALQUIVIR de fecha 13-6-2007, en el expediente sancionador D-498/06-J, que impuso al recurrente una multa de 240,40 #, obligación de retirar todo elemento que haga presumir la captación abusiva de aguas y obligación de abstenerse de derivar aguas públicas sin contar con la correspondiente autorización de ese organismo, por haber cometido una infracción leve consistente en derivar aguas de la fuente del Maguillo para usos domésticos de un complejo turístico compuesto de hotel, cabañas y riego de jardines, prevista en el *art. 116.3* , apartado b) y g) TRLA.

El recurrente sostiene como motivos del recurso los siguientes:

- Innecesaria autorización de la Confederación.
- Nulidad del expediente sancionador por incompetencia del órgano que acordó la incoación del expediente sancionador.
- Inexistencia de los hechos y falta de prueba de los mismos.

El Abogado del Estado se opuso a las pretensiones de la parte actora y, solicitando la desestimación del recurso, alegó la conformidad a Derecho del acto administrativo impugnado.

SEGUNDO.- Sobre la necesidad de autorización de la Confederación.

Alega el recurrente que la fuente es de propiedad privada pues es una surgencia de la lluvia que cae dentro de la finca, que discurre unos metros en la superficie y se vuelve a infiltrar dentro de la tierra, todo ello dentro de la finca del actor. Sostiene que es de aplicación el *art. 5.1 TRLA* que configura como dominio privado los cauces por los que ocasionalmente discurran aguas pluviales en tanto atraviere, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular.

Este motivo debe desestimarse pues de la prueba practicada ha quedado acreditado que la fuente es un manantial, que emana del subsuelo, por lo que no es un cauce. El testigo D. Carlos Alberto , en su ratificación ante la Sala, sostuvo que se trata de un manantial y no de aguas pluviales sin perjuicio de que se nutra también de aguas pluviales. Además, no puede tratarse de aguas privadas cuando la fuente sirve de abastecimiento a la aldea y a las cabañas.

En segundo término se invoca el *art. 54.2 TRLA* según el cual: "en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas, cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos".

En el presente procedimiento, la Confederación no ha demostrado que haya superado ese límite. En efecto, el testigo D. Carlos Alberto , señaló ante la Sala que no comprobó el volumen de agua derivado. También D. Alberto (Alcalde del Villaverde de Guadalimar) sostuvo que no ha hecho medición del agua derivada. A este respecto, el Abogado del Estado señala que se puede presumir que, dado que se abastece a las cabañas y al hotel, se presume que la derivación de aguas sobrepasa los 7.000 m3, argumento que debe desestimarse pues en el ámbito sancionador no caben presunciones, sino hechos ciertos y probados.

Señala el Abogado del Estado que la carga de la prueba corresponde al actor en virtud de lo dispuesto en la sentencia, sección 1ª, de esta Sala, Autos 89/06. Sin embargo, dicha doctrina no es compartida por esta Sala, como demuestra lo dicho en el recurso núm. 740/03. Allí sostuvimos:

"b) Pues bien, dice el actor que la Administración no ha demostrado que se haya excedido el límite de 7000 m3 en el riego que se denuncia. En cuanto a este punto, hay que decir ante todo que la Administración,

además del exceso de m³, denuncia también el uso para parcelas distintas a las de la parcela en que se encuentra el pozo, lo cual constituiría ya de por sí un incumplimiento de las condiciones del aprovechamiento establecidas en el artículo 52.2 antes mencionado, sin que el interesado argumente nada determinante en relación con este aspecto de la cuestión.

Además de ello, y en cuanto, en concreto, al límite de agua utilizado, la Administración se basa en una apreciación de notoriedad sobre el agua necesaria para el riego de una determinada superficie. Esta hipótesis de notoriedad podría ser válida si se fundase en un informe técnico riguroso, cosa que no sucede, de forma que, como ya hemos declarado en otras ocasiones, en principio no podría surtir el efecto deseado, en particular porque a esta Sala no le consta como hecho notorio el agua precisa para el riego de una hectárea y cultivo determinados, por lo que la hipótesis o cálculo alzado habría tenido que ser ilustrado en debida forma. Ahora bien, si por lo general hemos hecho declaraciones de insuficiencia en este sentido, en el presente caso debemos matizar la conclusión, lo cual nos llevará en definitiva a declarar suficientemente probado el riego abusivo denunciado por la Administración. En efecto, en el caso de autos debe tomarse en consideración que no concurre sólo la hipótesis de notoriedad formulada por la Administración (que es un mero punto de partida), sino que, además, concurren otros dos datos de interés. El primero es el hecho de que el actor defiende el riego que realiza desde 1996 como legalizable, y en el expediente de legalización (nº 1997-CP-0189) el interesado declara que lo que pretende es un aprovechamiento de 157.200 m³ (alegaciones presentadas el 4 de diciembre de 2002), lo que aboca a la idea de que efectivamente utiliza dicha agua para riego, pues admite la efectiva puesta en regadío y lo que quiere es, justamente, la legalización del riego que realiza desde 1996. El segundo dato a tomar en cuenta, y que confirma indiciariamente la afirmación de exceso que realiza la Administración, es la falta de instalación por el interesado de contador de agua a la salida del pozo, cuando el interesado fue requerido expresamente para su instalación no (como se afirma en conclusiones) después de iniciado el expediente sancionador, sino ya en fecha tan temprana como 1995, según hemos visto en el punto anterior, sin perjuicio de que después se haya reiterado el requerimiento de instalación; ello permite también valorar favorablemente cualquier hipótesis razonable de la Administración sobre uso de agua, pues a ello la aboca el propio interesado al incumplir su obligación de instalar el contador. Por tanto, puede darse por probado el exceso de 7.000 m³ a partir de los datos obrantes en el expediente y en autos".

En el presente caso, la Sala desconoce qué volumen se necesita para abastecer el complejo turístico, máxime cuando, como se expondrá más tarde, la derivación de aguas no resulta plenamente acreditada.

Dicho esto, en sentencia recaída en autos 564/04 y otras (sentencia 409/2004) efectivamente dijimos que es una infracción leve del art. 315 j) del R.D.P.H., o en el art. 108 g) del TRLA el incumplimiento de la obligación formal de comunicar la apertura de pozo al organismo de cuenca, pero:

a) Es un tipo distinto y con la actual doctrina del TS y del TC no podríamos aplicar dicho tipo, pues no cabe cambiar la calificación.

b) Aunque entendiéramos que es de aplicación, esta Sala piensa que ello no permite confirmar la sanción impuesta (y, en particular, la obligación de abstenerse de derivar aguas) si no consta la derivación de más de 7.00 m³. Una vez que, desde 2006, sea por comunicación sea por denuncia, la CHG conoce los hechos, es ésta la que puede, si quiere, verificarlo, incluso obligando a la propiedad a instalar un contador (por cuyo incumplimiento sí cabría sanción). Obsérvese que el Alcalde declaró que el Ayuntamiento había instalado contadores individuales (parece ser referido a la Aldea), pero nada dice de si el actor tenía instalado el contador y si se supera el límite señalado. Al contrario, declara que no ha efectuado medición alguna. Por tanto, mientras no exista medición, no procede la sanción impuesta, y, en especial, la obligación de retirar todo elemento que haga presumir la captación y la obligación de abstenerse de derivar aguas.

Lo anterior supone inexorablemente la estimación del presente recurso. No obstante, la Sala, dada la estrecha relación que tiene este motivo con la negación de los hechos que realiza el actor, se pronunciará sobre el resto de cuestiones planteadas por el recurrente.

TERCERO.- Sobre la nulidad del expediente sancionador por incompetencia del órgano que incoó el expediente.

Señala el recurrente que el expediente sancionador es nulo por cuanto se incoó por el Ingeniero de zona cuando la competencia para ello era del Presidente por aplicación de los arts. 322 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico y 10.2 del RD 1398/1993.

Ahora bien, la resolución sancionadora se dictó por el Presidente y con ello convalidó el vicio de incompetencia, que por ser jerárquico no es constitutivo de nulidad de pleno derecho (*art. 67.3*). Así lo ha entendido esta Sala en sentencia recaída en el recurso núm. 676/2006 :

"Es cierto, como la propia Administración reconoce, que en aplicación de lo dispuesto en el *art. 38 de la Ley 5/1999, de 8 de abril de Evaluación de Impacto Ambiental*, la competencia sancionadora correspondía al Excmo. Sr. Consejero de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, circunstancia que evidencia un error en la Resolución de 20 de febrero de 2006, si bien, debe señalarse que el vicio de incompetencia sólo provoca la nulidad de pleno derecho cuando la incompetencia, además de manifiesta, lo que no sucede en el presente caso, lo es "por razón de la materia o del territorio" (*art. 62 de la Ley 30/1992*), mientras que aquí nos encontramos con una incompetencia meramente jerárquica o funcional (STS de 19 de mayo de 1992), que daría lugar a mera anulabilidad, pero sólo en el caso de ocasionar indefensión, que en el caso que nos ocupa no se aprecia. Obsérvese que este argumento ha sido compartido por el TS en el Auto de fecha 29 de septiembre de 2008, recaído en la pieza de medidas cautelares de este procedimiento (f.j. segundo), si bien referido al ámbito propio en que se produce".

CUARTO.- Sobre la veracidad de los hechos imputados.

La parte actora combate la realidad de los hechos que se hacen constar en el boletín de la denuncia, al igual que niega la visita del técnico general a la finca el día 11 de julio de 2006.

De la prueba practicada resulta lo siguiente:

Según el doc. n. 11 del expediente (folio 23), el Ayuntamiento informa, en fecha 20 de febrero de 2006, que el complejo "Salegas del Maguillo" dispone de suministro de la red municipal de Aguas.

En fecha 28 de junio de 2006 el Alcalde de Guadalimar denuncia que la mercantil actora desde hace un mes ha desviado aguas de la fuente del Maguillo para su nuevo aprovechamiento particular consistente en 10 cabañas rurales, un hotel con restaurante y riego de una zona verde. Y debido a esto, está dejando sin agua la Aldea.

El Técnico de Servicios Generales Sector 1 en visita de inspección comprueba la existencia de un manantial y la derivación de agua mediante una manguera de poco calibre hasta la aldea y para uso potable del complejo turístico rural existente en la parcela (informe de fecha 11 de julio de 2006).

El boletín de denuncia se extiende en fecha 10 de octubre de 2006 en el que se denuncia la derivación de agua de la fuente por parte del recurrente.

Según declaración ante la Sala del Alcalde de Villaverde, la red municipal de agua consiste en el abastecimiento de una fuente que estaba allí desde siempre, y lo único que pretende es que se reparta equitativamente el agua entre el complejo turístico y la aldea. Señaló que la manguera la instalaron "los propios vecinos" y que posteriormente se cedió al Ayuntamiento que instaló contadores individuales. La citada manguera lleva el agua desde la fuente hasta el depósito que construyó la Diputación en el año 2001 o 2002, con una distancia de 300 o 400 m. Del depósito sale el agua que suministra a la Aldea y al Complejo Turístico. Si es así, no cabe sanción alguna pues resultaría que no existe la imputada derivación de aguas. Por tanto, el hecho imputado resulta muy dudoso pues si bien el Alcalde declara que el desvío se realizó por propia conveniencia del propietario del complejo, también declara que las cabañas no ponen impedimento al abastecimiento de agua de la Aldea y que si alguna vez se produce falta de suministro a la Aldea es debido a la falta de limpieza de la "alcachofa" que, obstruida por las hojas, hace que el agua se desvíe hacia el complejo turístico. Y, por último, declara que el suministro de la Aldea se produce desde la fuente a través de una manguera y una "alcachofa" hasta el depósito y de aquí a la Aldea. En cambio, respecto al Complejo turístico señala que obtiene el agua en caída libre desde la fuente a un aljibe, y de aquí mediante un motor a un depósito propio y de ahí a las cabañas.

Es decir, el recurrente dispone de suministro de la red municipal de aguas, suministro que se lleva a cabo mediante una manguera desde la fuente, sin que haya resultado acreditada la derivación imputada, pues parece que el actor deriva aguas de la manguera, no de la fuente en sí, sin que conste probada otra derivación, por lo que procede la estimación de la demanda y, en consecuencia, la nulidad de la sanción impuesta en la resolución objeto del presente recurso.

QUINTO.- No concurren los presupuestos legales habilitantes (*art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*) para efectuar concreto pronunciamiento en cuanto al abono de las costas procesales.



Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS:

1- Estimamos íntegramente el recurso contencioso-administrativo planteado por la actora contra la Resolución dictada por la CONFEDERACION HIDROGRÁFICA DEL GUADALQUIVIR de fecha 13-6-2007, en el expediente sancionador D-498/06-J, la cual declaramos nula.

2- No hacemos imposición de costas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ