

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO. PRUEBA INDICIARIA Y VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

TERCERO.- El primer argumento de la recurrente es la indefensión con trascendencia invalidante por confusión de hechos imputados y por la falta de notificación de los informes en que se basaban los actos administrativos del procedimiento sancionador y con ello falta de motivación. Argumenta la actora que como resultado de los antecedentes antes reflejados del expediente, se ha producido indefensión consistente en que durante el procedimiento se ha dicho y notificado por la CHG que los hechos imputados son los que se reflejan en el Acta del 2/2/16 (folios 36, 52 y 77 del expediente) e incluso se decía que se adjuntaba ese Acta del 2/2/16 en el pliego de cargos (folio 36 del expediente); para luego decir en la resolución que desestima el recurso de reposición que los hechos son los del Acta del 10/2/16 (folio 134 del expediente), generando con ello una total confusión a esta parte que no ha sabido durante el expediente, ni sabe si a día de hoy, si los presuntos hechos por los cuales ha sido sancionado son los que se establecen en el Acta de 2 de febrero de 2.016, o los del Acta de 10 de febrero de 2.016, o por los de ambos días; entendiéndose por ello que resulta procedente la nulidad del acto impugnado. Este primer argumento de ser rechazado pues no hay tal confusión de hechos entre los que se reflejan al folio 134, resolución que desestima el recurso de reposición y los que constan en los folios 1, 52, 36 y 77 pues bien, se especifica y discierne desde la valoración de la denuncia que consta al folio 1 entre las dos denuncias; la del 2 de febrero de 2016 y del 10 de febrero del mismo año, esta última ante una nueva inspección de las instalaciones. Luego prosigue a los folios 1 a 9 y al folio 36 que los hechos imputados resultan de la denuncia formulada por el servicio en fecha 2 de febrero de 2016, hechos que por otra parte se reflejan en la propia propuesta de resolución y en la propia resolución del expediente al folio 77, sin que en ningún momento se haya causado indefensión por desconocimiento de los hechos imputados. En definitiva, hay dos denuncias correspondientes a dos hechos que se han subsumidos en un solo procedimiento pues como acredita

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

Se incluyen las sentencias aparecidas en los repertorios entre el 1 de abril y el 31 de julio de 2020

también las notificaciones que obran a los folios 34, 35, 39 y 40. Las propias alegaciones del recurrente a los folios 41, 58 y siguientes y 59 a 69 de las actuaciones. Igualmente alega la vulneración del principio de presunción de inocencia y esta se basa en los informes analíticos de las muestras tomadas el día 2 y 10 febrero 2016. Sostiene principalmente en su escrito rector el recurrente que no existe prueba de cargo vulnerándose el derecho constitucional a la presunción de inocencia. En relación a la cuestión sobre si ha sido respetado o no el derecho a la presunción constitucional de inocencia del sancionado, cabe decir que el Tribunal Constitucional (STC 73/1985 y 1/1987 , 76/1990, 120/1994 y 89/1995, entre otras) tiene reiteradamente establecido (e igualmente el Tribunal de Derechos Humanos ,sentencias de 8 junio 1976 -asunto Engel y otros-, de 21 febrero 1984 -asunto Oztürk, de 28 junio 1984 -asunto Cambell y Fell-, de 22 mayo 1990 -asunto Weber-, de 27 agosto 1991 -asunto Demicoli-, de 24 febrero 1994 -asunto Bendenoum-) que los principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionador y, así el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/1982, 36 y 37/1985, 42/1989, 76/1990 y 138/1990), que ha sido incorporado por el legislador a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (Título IX de la L 30/1992 de 26 noviembre),rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas pues el ejercicio del ius puniendi, en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o inculpativos de la conducta reprochada; que la carga de la prueba (onus probandi) corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio. Efectivamente, la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración Pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una "probatio diabólica" de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación (STC 76/1990). En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y su

libre valoración por el Juez son las ideas básicas para salvaguardar esta presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina del Alto Tribunal al respecto (por todas STC 89/1992)". Es pues, una verdad interina que puede quedar destruida con la aportación de actividad probatoria contraria que resulte mínima, suficiente e idónea para formar la convicción del juzgador, la estimación en conciencia de las pruebas a que alude para el proceso penal el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "que no ha de entenderse ni hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino una apreciación lógica de la prueba no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, fiel a los principios del conocimiento y de la conciencia, a las máximas de experiencia y a las reglas de la sana crítica" -(Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1.989). La posibilidad de imponer una resolución sancionadora con amparo en prueba indiciaria es constitucionalmente legítima. Así tiene declarado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones que los órganos de la jurisdicción penal (y consecuentemente los administrativos que concluyan procedimientos sancionadores o disciplinarios, por la comunicación de los principios propios del ordenamiento penal a tales procedimientos) pueden llegar a considerar como probados determinados hechos incriminadores a partir de presunciones basadas en la lógica y razón humana y en el común entendimiento y experiencia. Para ello el mismo Tribunal Constitucional ha exigido que se parta de unos hechos probados -indicios- y que de éstos se llegue a considerar acreditados los que constituyen la infracción penal -o disciplinaria- mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano (SSTC 174/ 1985, 175/1985, 169/1986 y 150/1987, entre otras), proceso que debe ser explicitado en la resolución condenatoria o sancionadora. Es también doctrina reiterada del mismo Tribunal, a partir de su Sentencia 3/1981, que el principio de libre valoración de la prueba por los órganos judiciales (y nuevamente también de los administrativos en los procedimientos sancionadores) es constitucionalmente válido, de forma que la apreciación de una vulneración contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia en una decisión supone la existencia de un vacío probatorio, ya sea por ausencia material de prueba, o porque ésta, por ilicitud constitucional, no pueda ser tenida en cuenta. Y a partir de la STC 174/1985, ha dicho que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción se pueda formar sobre la base de pruebas indiciarias, aunque, eso sí, respetando una serie de requisitos que consisten en una expresa declaración de hechos probados, en explicitar la motivación que lleva a concluir que los hechos son constitutivos de delito o falta, y, todo ello, mediante la utilización razonada de una presunción. Efectivamente,

considera la parte recurrente que no hay una actividad probatoria sobre la que el órgano competente funde un juicio razonable, singularmente de los elementos para destruir la presunción de inocencia por la CHG se ha basado en dos informes analíticos supuestamente de las muestras que tomaron el día 2 y 10 de febrero de 2.016. Dichas muestras adolecen , a criterio del recurrente, de notables deficiencias técnicas que infringen la Directiva 2014/101/UE de la Comisión Europea de 30 de octubre de 2014, , modifica la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, y establece la obligatoriedad de la aplicación en España de la normativa EN ISO 5667-3:2012 y en concreto, la acreditación del cumplimiento de la conservación y transporte de la muestra en las temperatura de refrigeración establecida en el apartado 8 de la citada normativa y que establece entre "(5 - 3) °C", Pues bien, en el Acta de 10 de febrero de 2.016 (folio 17 del expediente) no se dice nada al respecto y en el Acta de 2 de febrero de 2.016 (folio 6 del expediente) se dice que se conserva en frío pero en ningún momento se indica la temperatura para comprobar si se cumple o no con la normativa. Además, en el expediente sancionador se dice genéricamente que se ha cumplido esa normativa, pero en ningún momento se aporta dato alguno de la temperatura, ni se decide practicar prueba alguna que acredite que se cumplió con la misma. Asimismo, afirma la actora, una vez que se ha observado toda la documentación del procedimiento que cuando se ha remitido el expediente a la Sala, se ha podido comprobar el incumplimiento de los recipientes y de las condiciones complementarias de las muestras establecidas en las tablas de la normativa EN ISO 5667-3 para cada uno de los parámetros que se han estudiado en los informes analíticos, entre otras, el de aceite y grasas, el de conductividad y en relación a los parámetros DBO , DQO y pH. En el caso que nos ocupa, dice la recurrente, en las dos supuestas tomas se han realizado informe de análisis por dos entidades privadas sin que se haya acreditado en el expediente sancionador que las mismas se encuentran homologadas, aportando para ello la documentación oportuna, en especial del informe analítico de la que dice ser la muestra del día 10 de febrero de 2.016 (folio 20 del expediente). A ello hay que añadir que no coincide el número de la muestra del Acta del 2/2/16 que es el 00246110 (ver folio 6 del expediente), con el número indicado en el que dice ser el informe analítico de la muestra de esa fecha y que se establece con número 00050402 (ver folio 9 del expediente). Por ello, se sostiene que, habiendo negado los hechos imputados, no resulta acreditado por la administración que la actora haya incumplido alguna prohibición, ya que no ha probado que existiera un vertido que

hubiera deteriorado la calidad de las aguas produciendo daños al dominio público hidráulico, o que el mismo le sea imputable. Este argumento de la presunción debe ser rechazado habida cuenta de que consta prima facie el cumplimiento de los requisitos necesarios en el procedimiento de toma de muestras, sin que se haya aportado informe pericial o prueba testifical o documental que desvirtúen los hechos afirmados en los documentos por la administración (artículo 217 LEC) pues no se propuso prueba en forma por la parte recurrente, constando además que siquiera hubo la solicitud de prueba contradictoria al recibir la muestra correspondiente la parte aquí demandante. El presente caso consta que según los informes de ensayo fueron realizados por la empresa DBO5 debidamente autorizada por la Consejería de Salud y bajo la supervisión del ENAC. Que aparentemente las muestras fueron recibidas así lo especifican el director del laboratorio en " perfectas condiciones de refrigeración y custodia". Código de precinto 00246110. Que la cadena de custodia fue observada como se desprende del folio 19 del expediente. Por último, respecto del argumento de la actora de que el número de la muestra del Acta del 2/2/16 que es el 00246110 (ver folio 6 del expediente), no coincide con el número indicado en el informe de valoración de daños que es el número 00050402 (ver folio 4 del expediente). es de ver al folio 9 in fine, "observaciones" donde se dice que "la muestra ha llegado en perfectas condiciones de refrigeración y custodia. Código de precinto 00246110", número que coincide con el que consta al folio 6 del expediente. Por todo ello y entendiendo que no se le ha producido lesión del derecho fundamental invocado, cumple la desestimación del argumento de la actora.

(St. de 10 de junio de 2020. Fundamento jurídico tercero. Sala de Sevilla Ponente Vargas Cabrera)

XV. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Actividad impugnabile. Inactividad administrativa. El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad

PRIMERO.-Constituye el objeto del presente recurso la inactividad de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía en el cumplimiento del acuerdo Segundo del Acuerdo suscrito de fecha 20 de junio de 2011 entre la administración demandada y la Federación de Asociaciones de Educación

Infantil. Coordinadora de Escuelas Infantiles de Andalucía Sostiene la recurrente que procede dar cumplimiento al acuerdo suscrito y se proceda al abono de la cantidad reclamada, con sus intereses La Administración Autonómica sostiene la corrección de la decisión administrativa con los argumentos expuestos en su escrito de contestación a la demanda.

SEGUNDO.- La pretensión de la entidad recurrente se sustenta en reclamar de la administración demandada el cumplimiento de lo acordado en el Acuerdo de 20 de junio de 2011 entre la Consejería de educación y la Federación de Asociaciones de Educación Infantil. Coordinadora de Escuelas Infantiles de Andalucía, a la que pertenece, para la prestación de los servicios públicos en el primer ciclo de Educación Infantil. En dicho Acuerdo, tras acordarse la constitución de un grupo de trabajo para el estudio de la cuantía del precio público del servicio correspondiente al primer ciclo de educación, se dispone: "Hasta tanto sean de aplicación las conclusiones del estudio realizado por el Grupo de Trabajo, los centros que cuenten con convenio de colaboración para la financiación de los puestos de educación infantil primer ciclo, mantendrán el status previo al momento del traspaso de esta etapa a la Consejería de Educación, en cuanto a los criterios de bonificación del precio público a través del pago a los centros". La pretensión de cumplimiento de la recurrente se concreta en el curso 2011/2012, en el que se dejaron de abonar las cantidades correspondientes al mes de agosto, como se acredita que se venía haciendo con anterioridad. Así como las cantidades correspondientes a diferencias de comedor del curso 2012/2013, desde septiembre a enero, aportando documentación acreditativa de esas transferencias durante el ejercicio 2011.

TERCERO.- La resolución de este recurso parte ineludiblemente de los resuelto en los autos 384/2015 mediante sentencia de 12 de marzo de 2020, respecto de la pretensión que frente a la misma inactividad se ejercitaba por la Federación de Asociaciones de Educación Infantil. Coordinadora de Escuelas Infantiles de Andalucía. En dicha sentencia y tras admitir, por así considerarlo el Tribunal Constitucional anulando la primera sentencia que dictamos, la legitimación activa de la Federación de Asociaciones de Educación Infantil. Coordinadora de Escuelas Infantiles de Andalucía para impugnar esta misma inactividad, estimamos el recurso contencioso con condena a la Administración demandada a cumplir sus obligaciones. Señalamos en dicha sentencia lo siguiente:

CUARTO.- La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa introduce como novedad respecto a la actuación

que es posible sea objeto del recurso contencioso la posibilidad de impugnar la denominada inactividad administrativa. Señala el artículo 29.1 : "Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la Administración." A la misma se refiere en su Exposición de Motivos cuando señala: "Largamente reclamado por la doctrina jurídica, la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el "quando" de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad.

QUINTO.- En el caso de autos, entiende este Tribunal, estamos ante una supuesto de inactividad administrativa en cuanto que del acuerdo antes mencionado, y suscrito por la demandada, queda claro que la misma se obligaba con los centros de educación infantil primer ciclo. De esa forma hay que entender el compromiso de mantenerles el status previo en cuanto a los criterios de bonificación del precio público. Efectivamente y como dice la

administración demandada en su escrito de contestación, ese compromiso, lo es hasta tanto se proceda a modificarlo a la vista de las conclusiones de un grupo de trabajo. Ahora bien, ese futuro acuerdo, que parece ser de febrero de 2013, en modo alguno permite a la administración demandada y firmante del convenio a sustraerse a las obligaciones en el mismo asumidas. De modo que atendiendo a la pretensión del recurrente, procede condenar a la Administración demandada a abonar las cantidades correspondientes al mes de agosto en el curso 2011/2012, como se acredita que se venía haciendo con anterioridad; así como las cantidades correspondientes a diferencias de comedor del curso 2012/2013, desde septiembre a enero, en este caso, previa comprobación de que concurren para cada uno de los centros educativos los presupuestos exigidos."

CUARTO.- En el caso de autos, lo resuelto en la primera sentencia entendemos que nos vincula de forma innegable, pues aún sin llegar a la existencia de cosa juzgada por la diferente identidad subjetiva de uno y otro, lo cierto es que la reclamación en el primer recurso contencioso se hacía asimismo por cuenta de la aquí recurrente. Esta identidad sustancial obliga a que estemos a lo ya resuelto. Sin que se pueda ahora oponer la existencia de una suspensión acordada verbalmente del acuerdo suscrito entre la administración demandada y la Federación de Asociaciones de Educación Infantil. Coordinadora de Escuelas Infantiles de Andalucía, sobre la que nada se alegó con ocasión del primer recurso. De acuerdo con lo señalado, no cabe otra solución que estimar el recurso del recurrente en los mismos términos ya señalados.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas de esta instancia a ninguna de las partes.

(St de 10 de junio de 2020.Sala de Sevilla .Ponente Vargas Cabrera)

XIX PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN. APLICACIÓN DEL CRITERIO "EXTRAORDINARIO" A EFECTOS DEL RECURSO DE REVISIÓN

PRIMERO. - Es objeto de impugnación la resolución de la Junta de Andalucía, Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural, Dirección General de Ayudas Directas y de Mercados de 25 de mayo de 2018, por la que se inadmite el recurso extraordinario de revisión interpuesto por doña Eufrasia contra tres resoluciones de la Dirección General de Fondos

Agrarios de 17 de noviembre de 2014, por las que se denegaron otras tantas comunicaciones de cesión de derechos de pago único por compraventa, números 830, 831 y 832, correspondientes a la campaña 2014.

SEGUNDO. - Se hace necesario reseñar: A) Las tres comunicaciones de cesión fueron denegadas por el mismo motivo: " Falta la firma de alguno de los interesados.". B) Notificada las anteriores resoluciones, doña Eufrasia interpuso recurso de reposición de manera extemporánea, sólo contra la núm. 322328, por lo que no fue admitido a trámite. C) El 22 de junio de 2015, doña Eufrasia interpone recurso extraordinario de revisión " al haber conseguido la firma de los mismos [los vendedores] en el mes de junio de 2015", como afirma en el hecho quinto de su demanda.

TERCERO. - Debe recordarse que el carácter extraordinario del recurso administrativo de revisión sólo puede fundarse en alguno de los motivos tasados previstos legalmente, que permitan al órgano administrativo decidir si se ha dictado una resolución errónea o injusta, de modo que se delimita asimismo el objeto del recurso contencioso- administrativo, que debe ceñirse a enjuiciar si la resolución administrativa que resuelve el recurso extraordinario de revisión es o no conforme a Derecho, sin poder extenderse el Tribunal sentenciador a conocer de la impugnación de los actos administrativos precedentes que habían devenido firmes en vía administrativa, cuyo enjuiciamiento no es admisible. Y es fundamental que se evidencie el error con los nuevos documentos, por lo que, cuando los documentos aportados no varían los datos que dieron lugar a la resolución, el recurso de revisión no solo es improcedente, sino hasta la no admisión a trámite (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1999). En el supuesto que nos ocupa, las tres resoluciones citadas denegaron las comunicaciones de cesión de derechos de pago único por compraventa, números 830, 831 y 832, correspondientes a la campaña 2014, de manera correcta, por " Falta la firma de alguno de los interesados."; sin que la interposición de un recurso extraordinario de revisión " al haber conseguido la firma de los mismos [los vendedores] en el mes de junio de 2015", evidencie error administrativo alguno respecto a la campaña 2014, ni pueda operar respecto de dicha campaña de manera retroactiva, en la que, bien por incumplimientos contractuales de los vendedores, bien por no guardar la debida diligencia la compradora, la documentación estaba incompleta y la decisión administrativa acertada.

CUARTO. - Conforme al artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede condenar en costas a doña Eufrasia,

si bien, conforme al apartado tercero, se señala como cifra máxima a la que asciende la imposición de costas respecto de los honorarios de Letrado por todos los conceptos, la de mil euros, atendiendo a los criterios seguidos habitualmente por esta Sala debido a las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta. Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala dicta el siguiente F A L L O.

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo.

(St. de 29 de julio de 2020 Sala de Granada Ponente Videras Noguera)

XIX.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. SUSPENSIÓN. EL RECURSO DE CASACIÓN Y APELACIÓN PENDIENTE CONTRA UN ACTO DICTADO EN PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES QUEDA SIN EFECTO UNA VEZ DICTADA SENTENCIA, SEA O NO FIRME, EN LOS AUTOS PRINCIPALES

Primero .- Como señala, entre otros muchos, el Auto del TS de 13 de diciembre de 1989 y, más recientemente, los de 7 de octubre de 1996, 13 de junio de 1997 y 1 y 24 de abril y 8 de junio, 17 de julio y 21 de septiembre de 1998, la suspensión de la ejecutividad de los actos objeto de impugnación es una medida precautoria o cautelar establecida para garantizar la efectividad de la resolución judicial que en su día pueda recaer en el proceso principal, lo que hace que sea obvio que dicha decisión carezca de sentido cuando tal resolución ha recaído ya, como acontece en el presente caso, ya que el Juzgado dictó Sentencia en 26 de febrero de 2019, desestimando el recurso, según consta en el CD remitido. Así lo ha entendido el TS en Sentencias de 23 de septiembre y 21 de noviembre de 1995, dictadas durante la vigencia de la Ley Jurisdiccional anterior en su versión de 1992, doctrina que no ha perdido actualidad con la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, como lo acreditan las múltiples resoluciones del TS en las que con cita expresa de autos anteriores se afirma que "en los supuestos de haberse pronunciado sentencia, aunque ésta no sea firme (...), carece de significado la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, ya que no se está ante la ejecutividad de éste (...) de manera que, una vez pronunciada sentencia por la Sala de instancia, huelga cualquier consideración o resolución sobre la suspensión o no de la ejecución del acto, pues únicamente cabe solicitar la ejecución de la sentencia firme o, si ésta no lo fuese por haberse preparado recurso de casación, pedir al Tribunal de instancia que acuerde su ejecución

provisional o anticipada". En otras palabras, tal y como se ha dicho también, entre otras, en las Sentencias de 27 de junio y 16 de octubre de 1996, el recurso de casación pendiente contra el auto dictado en la pieza separada de medidas cautelares queda sin objeto una vez dictada sentencia, sea o no firme, en los autos principales. Doctrina plenamente aplicable al recurso de apelación.

(St de 29 de mayo de 2020 sala de Sevilla Ponente Salas Gallego)

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. SANCIÓN POR INFRACCIÓN AL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO. PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIÓN CONTINUADA: IMPROCEDENCIA. ARTIC. 327.1 DEL RDPH

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de fecha 29 de junio de 2016, por la que se desestimó el recurso de reposición formulado contra la Resolución del propio órgano, de fecha 22 de abril de 2016, que impuso al hoy actor la sanción de multa de 3.055,00 €, como responsable de la infracción, de carácter leve, tipificada en el artículo 116.3 a) d) y g) del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por los siguientes hechos: "Haber procedido a la reutilización de aguas residuales sin depurar, mediante su almacenamiento en una balsa de riego sin impermeabilizar, construida en la zona de policía del barranco del Canalón, en el sitio denominado La Hacienda, Parcela 65 del Polígono 11 del T.M. de Arenas del Rey (Granada), todo ello sin autorización de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir". Además, se le impuso la obligación de indemnizar los daños al dominio público hidráulico en la cifra de 784,28 €

SEGUNDO.- Es forzoso principiar por el motivo sustentado en la prescripción de la infracción calificada por la Administración. El actor aduce que la antigüedad de la balsa es superior a los 15 años que establece como límite el artículo 327.1 del RDPH. Considera que tanto la infracción como la obligación de reponer las cosas a su estado anterior han prescrito.

El perecimiento del motivo es obligado. Olvida, en primer lugar, la actora que la prueba de la prescripción de la infracción es una carga que a ella le incumbe, la que no ha desplegado medio probatorio alguno para acreditar

ese esencial hecho constitutivo de su pretensión anulatoria de los actos administrativos impugnados.

La Sala tiene que añadir que, además de que se trata de una infracción continuada, el acta de denuncia es de fecha 18 de noviembre 2014 (folios 1 a 3 del expediente administrativo) y el acuerdo de incoación es de 13 de mayo de 2015 (folios 14 y 15 del expediente administrativo), notificado el 18 de mayo de 2015 (folio 17 del expediente administrativo), momento en el que la interesada quedó instruida del acuerdo de inicio del expediente sancionador, de manera que, entre aquella fecha, 18 de noviembre de 2014 y la aludida de 13 de mayo de 2015, no transcurrió el plazo de prescripción de seis meses de las infracciones leves ex artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable *ratione temporis* al caso enjuiciado, en relación con el artículo 327 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

En cualquier caso, de ningún modo podría entenderse prescrita la infracción, dada la naturaleza continuada de ésta. En un supuesto sustancialmente idéntico al enjuiciado, la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 21 de marzo de 2014 (recurso 539/2012; ponente, Excm. Sra. Doña Pilar Teso Gamella; ref. EDJ 2014/42878), en sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto, dejó dicho:

TERCERO.- La prescripción de la infracción, que se alega respecto del ilícito administrativo previsto en el artículo 116.3.d) del TR de la Ley de Aguas , no concurre porque nos encontramos ante una infracción de carácter continuado.

La prescripción de la infracción, en este caso inicialmente muy grave, pues es la impuesta en el acuerdo sancionador aunque luego en reposición sea rebajada su calificación, viene establecida, a falta de regulación sectorial específica, en la Ley 30/1992, cuyo artículo 132.1 establece el plazo de tres años ("las faltas muy graves prescribirá a los tres años") para la prescripción del ilícito administrativo. Y el computo del plazo comienza a contarse "desde el día en que la infracción se hubiera cometido " (artículo 132.2 de la mentada Ley).

Ahora bien, en el derecho administrativo sancionador se admiten expresamente las infracciones continuadas, como revela el contenido del artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora , aprobado por Real Decreto 1398/1993, de agosto,

al referirse a aquellas conductas en cuya comisión "el infractor persista de forma continuada".

Estas infracciones no se consuman en único hecho o suceso, sino que la conducta infractora se prolonga y perdura en el tiempo, haciendo crónica la lesión y el perjuicio al demanio hidráulico. Este tipo de conductas tiene lugar, en consecuencia, cuando se mantienen las consecuencias nocivas de la conducta infractora, que no se agotaron en una única acción.

De modo que resulta evidente que no puede apreciarse la prescripción si la falta es de carácter continuado, al menos mientras se persista en la acción. Eso es lo que sucede en este caso, pues el daño al cauce del arroyo se mantiene y el uso privativo de esa parte del arroyo sigue sin tener la correspondiente concesión administrativa.

CUARTO.- En definitiva, la infracción que describe el artículo 116.3 d) del TR de la Ley de Aguas, admite una comisión continuada. Es decir, la "ejecución, sin la debida autorización administrativa, de obras, trabajos, siembras o plantaciones en los cauces públicos (...)", define una contravención continuada cuando permanece la obra usándose para la finalidad de captación y derivación de aguas. Téngase en cuenta que mediante la balsa o presa (con un volumen de obra de 63.541 m³) construida en cauce del Arroyo El Tamujo se derivan aguas del río Guadalquivir para el riego por el sistema de goteo de 46 hectáreas y de 8 pozos para el riego de 141 hectáreas. Resulta relevante, por tanto, que la construcción de la presa, el alumbramiento y la derivación de aguas forma parte de una estrategia conjunta y conexas para realizar un aprovechamiento indebido de las aguas. Viene al caso recordar, a propósito de la conexión expuesta, que, a pesar de haberse acreditado diferentes conductas sancionables en conexión esencial -derivación de aguas, alumbramiento de aguas subterráneas y su almacenamiento mediante la construcción de una presa en el dominio público-, se ha impuesto una sola sanción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. Así es, este precepto importa al derecho administrativo sancionador el concurso de delitos, propio del derecho penal, cuando dispone que en defecto de regulación específica, como es el caso, "cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida".

TERCERO.- No mejor fortuna siguen los motivos sustentados en la vulneración de los principios de responsabilidad, tipicidad, proporcionalidad y motivación de los actos administrativos, que se antojan meramente retóricos, en el entendimiento de que, como se colige del expediente administrativo, existe prueba suficiente, mínima y de cargo enervadora de la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) que, ab initio, amparaba al denunciado, señaladamente la denuncia del Servicio del Servicio de Control y Vigilancia del Dominio Público Hidráulico, que está avalada por la presunción de veracidad ex artículo 137.3 de la Ley 30/1992, así como las fotografías de la balsa. Los hechos en que se sustenta las infracciones calificadas por la Administración están, pues, suficientemente acreditados.

Razones, todas las cuales, culminan en la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.

(Sentencia de 29 de julio de 2020 Sala de Granada Ponente Rivera Hernández).

XXI SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. JURISDICCIÓN CONTEN- CIOSO ADMINISTRATIVA. AUTO DE LA SALA DE SEVILLA 93/2020 DE RATIFICACIÓN DE RESOLUCIONES ADMINIS- TRATIVAS DECLARATORIAS DE MEDIDAS EXCEPCIONA- LES POR LA PANDEMIA DEL COVID 19 POTENCIALMENTE LESIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

“La participación judicial ocurre en desarrollo de la potestad de autotutela de la administración y supone un control de legalidad de las resoluciones adoptadas en el ejercicio de esa autotutela.”

Se transcribe este Auto, apartándonos del objeto de esta Sección, dada la novedad de la medida, su actualidad y discusión suscitadas por algunas de estas resoluciones judiciales. Se reitera la decisión en el Auto 91/2020 de 8 de octubre de 2020. Ponentes respectivos de los Autos Roas Martín y Iriarte Miguel

AUTO Ilma. Sra. Presidenta Doña María Luisa Alejandre Durán Ilmos. Sres. Magistrados Don Roberto Iriarte Miguel Don Pedro Luis Roas Martín En Sevilla, a dos de octubre de dos mil veinte.

HECHO ÚNICO.- Por el Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía se ha presentado ante la Sala solicitud de ratificación para medida sanitaria urgente y necesaria para la protección de la salud pública consistente en medida de restricción a la movilidad de la población de

Casariche (Sevilla) acordada por la Resolución de 29 de septiembre de 2020 de la Delegación Territorial de Sevilla de la referida Consejería. Se ha conferido traslado al Ministerio Fiscal para informe. Ha sido designado ponente Don Pedro Luis Roás Martín

PRIMERO.- Se solicita de acuerdo al artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), en su actual redacción dada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE nº 250, de 18/09/2020), que la Sala ratifique las medidas de restricción de movilidad adoptadas en virtud de la resolución de la Delegación Territorial de Salud y Familias de Sevilla por la que se adopta la medida de restricción a la movilidad de la población de Casariche (Sevilla) como consecuencia de la situación epidemiológica por Covid-19, ante la situación de crisis sanitaria concurrente.

SEGUNDO.- EJ art. 117.4 de la Constitución Española declara: "Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y los que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho". El art. 10.8 de la LJCA atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de "la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación restricción derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente". Esta ratificación, se articula por tanto como una tutela adicional al control ordinario, activada ex lege por la propia Administración ante un contenido eventualmente invasivo de derechos y libertades fundamentales de la medida dirigida a proteger la salud pública, es por ello que la participación judicial ocurre en el desarrollo de la potestad de auto tutela de la Administración. Dicha homologación ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo, tener amparo legal, emanar de un órgano administrativo competente, y resultar necesario, adecuado y razonable el acto, sin que pueda imponer sacrificios desmedidos. En el presente caso, la resolución de 29 de septiembre toma en consideración el aumento de la tasa de incidencia en el término municipal de Casariche, que en los últimos 14 días ha ascendido a 4.545 por cada 100.000 habitantes y, teniendo en cuenta que Casariche es un municipio pequeño de unos 5.546 habitantes aproximadamente, con un alto contacto familiar, y que tras los rastreos efectuados se detecta una situación de riesgo grave e inminente para la salud pública de los vecinos de Casariche.

Además, el Comité Territorial de Alerta de Salud Pública de Alto Impacto (se adjunta al escrito de solicitud copia del acta número 3 de la reunión del meritado Comité celebrada el día 29 de septiembre de 2020), informa del siguiente modo: "(...) Existen razones objetivas sanitarias para establecer restricciones a la movilidad de la población de dicha localidad como medida proporcionada, de carácter preventivo y de contención de la transmisión del Covid-19, que consisten en: Restringir la entrada y salida de personas que se encuentren o circulen en el término municipal de Casariche, as(como aquellas personas que sean titulares de cualquier actividad económica, empresarial o establecimiento de uso público o abierto al público ubicado en dicho término municipal, salva para aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados que se produzcan por alguno de los siguientes motivos: a) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. b) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales o legales. c) Asistencia a centros docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Para desplazarse a entidades financieras y de seguros. g) Para realizar actuaciones requeridas urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales. h) Para realizar renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativas inaplazables. i) Para realizar exámenes apruebas oficiales inaplazables. j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad . k) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente justificada y acreditada. La circulación por carretera y viales que transcurran o atraviesen las ámbitos territoriales que constituyen el objeto de la presente Orden estará permitida siempre y cuando tengan origen y destino fuera del mismo. Se permite la circulación de personas residentes dentro de los ámbitos territoriales afectados, siempre respetando las medidas de protección individual y colectiva establecidas por las autoridades sanitarias competentes, si bien se desaconseja a la población los desplazamientos y realización de actividades no imprescindibles". Estas son las medidas que se adoptan en la resolución dictada por la Delegada Territorial de Salud y Familias en Sevilla.

TERCERO.- Pues bien, la indicada resolución ha sido dictado por la autoridad competente en el ámbito sanitario. Así se recoge en el primer fundamento de la misma, que señala que la Delegación Territorial de Salud y Familias es competente para resolver el presente procedimiento de conformidad con lo dispuesto en la Orden de 11 de septiembre de 2020, por la que se delega en las personas titulares de las Delegaciones Provinciales o

Territoriales competentes en materia de salud la adopción de las medidas preventivas de salud pública de restricciones a la movilidad de las personas en una localidad o parte de la misma, así como la suspensión de la actividad docente presencial en un centro docente no universitario como consecuencia de la situación epidemiológica por COVID-19 y se establecen las instrucciones para la adopción de dichas medidas. Por otro lado, se ampara en normas de obligado cumplimiento, que igualmente son relacionadas en aquella resolución. Esto es, las que expresamente se citan, tales como la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 2/1998 de 15 de junio, de Salud de Andalucía, y Ley 16/2011 de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía; y, de conformidad con la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y el Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la emergencia ocasionada por el COVID-19. Por su parte, el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa señala que corresponderá a los juzgados de lo contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental. Contiene además la meritada resolución una expresa mención a las "Instrucciones para la adopción de las medidas preventivas de salud pública de restricciones a la movilidad de la población de una localidad o parte de la mismo, o de suspensión de la actividad docente presencial en un centro docente no universitario", contenidas en el Anexo de la Orden de 11 de septiembre de 2020, por la que se delega en las personas titulares de las Delegaciones Provinciales o Territoriales competentes en materia de salud la adopción de las medidas preventivas de salud pública de restricciones a la movilidad de las personas en una localidad o parte de la misma, así como la suspensión de la actividad docente presencial en un centro docente no universitario como consecuencia de la situación epidemiológica por COVID-19 y se establecen las instrucciones para la adopción de dichas medidas. Al amparo de las anteriores consideraciones, se pone de manifiesto que las medidas adoptadas persiguen un fin constitucionalmente legítimo: proteger la salud pública de la población de dicho municipio ante la situación de pandemia existente. Su motivación descansa en los datos que expresamente se recogen en el acta del Comité Territorial de Alerta de Salud Pública de Alto Impacto, en la que se deja constancia del aumento de la tasa de incidencia de contagios en los últimos catorce días en el término municipal, ascendiendo a 4.545 por cada 100.000 habitantes. Asimismo, del informe emitido por el Alcalde de la

localidad, que pone de manifiesto que desde el 11 de septiembre el municipio está en autoconfinamiento, se han cerrado edificios públicos, el personal del Ayuntamiento desempeña sus funciones de forma no presencial y se han cerrado parques y jardines. Pero que, a tenor de los datos expuestos, estas medidas no han tenido una incidencia efectiva en la disminución de los casos. Por ello y tomando en cuenta que se trata de un municipio pequeño, con un alto contacto familiar, y dado que tras los rastreos efectuados se detecta una situación de riesgo grave e inminente para la salud pública de los vecinos, el Comité considera oportuno, previa evaluación del riesgo, informar que existen razones objetivas sanitarias para establecer restricciones a la movilidad de la población de dicha localidad. Con arreglo a las anteriores consideraciones, resulta preciso además apreciar la debida proporcionalidad de las medidas, en cuanto imprescindibles para garantizar la salud pública de los vecinos de dicha localidad, erradicando el alto riesgo de contagio inminente que existiría de contrario, y con un alcance temporal que se extiende durante catorce días naturales, sin perjuicio de la valoración que corresponda llevar a cabo una vez transcurrido este tiempo y a la vista de la evolución de la situación epidemiológica existente tras su transcurso, debiendo prevalecer el derecho a la salud ante el alto poder de contagio y el grave riesgo de salud pública para la ciudadanía que no debemos olvidar, determinó en España la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 433/2020, de 14 de marzo. Lo expuesto justifica que debamos ratificar la medida sanitaria urgente acordada aunque impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales. Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación PARTE DISPOSITIVA Ratificamos la resolución de la Delegación Territorial de Salud y Fas en Sevilla, por la que se adopta la medida de restricción a la movilidad de la población de Casariche (Sevilla) como consecuencia de la situación epidemiológica por Covid19 durante 14 días desde las 08:00 horas del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, para evitar la propagación del COVID-19 consecuencia de la actual situación epidemiológica que padecemos. Al notificarse la presente resolución al solicitante y Ministerio Fiscal hágase saber que no es firme, y cabe interponer contra ella recurso de reposición en el plazo de cinco días ante este mismo Tribunal. Así lo acordamos, mandamos y firmamos.