

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*

IV. BIENES PÚBLICOS. AGUAS. DOMINIO PÚBLICO. DESLINDE.

Procedimiento de iniciación de oficio y a instancia de parte. Examen. Consecuencias de una forma u otra de inicio a efectos del pago de los gastos del deslinde.

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente procedimiento la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de deslinde administrativo del Río Cabra a su paso por la parcela catastral NUM000, realizada por doña Serafina por sí y en representación de doña Tarsila, don Vidal y don Jesús Luis, el día 5 de mayo de 2019.

En dicha solicitud se expresaba "que la finca NUM001 del polígono NUM002 del catastro de Cabra está afectada por la actuación y expropiación del Proyecto actualizado del proyecto de restauración ambiental e integración urbana y paisajística del tramo alto del río Cabra CO (DT)-5640, estando referenciada con la finca nº NUM003 del anejo 22 Expropiaciones del proyecto anteriormente referido", existiendo "discrepancias en los linderos, especialmente con el lindero del río Cabra propiedad de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (CHG), lo cual afecta a la superficie catastral de la finca pasando de 8170 m² a 9314,02 m², según se recoge en el informe técnico de expediente de dominio suscrito por el técnico D. Cesareo de fecha 27-7- 2018", discrepancias que "básicamente consisten en que las escrituras de propiedad de nuestra finca se establece como límite de la finca el río Cabra, y la CHG en el proyecto y expropiación referenciada considera como dominio público hidráulico los límites establecidos en el catastro", sin que exista deslinde del río Cabra y de su dominio público por parte de la administración, "lo cual se ha puesto de manifiesto a la CHG en reiteradas ocasiones", por lo que procede el deslinde del río Cabra con la parcela referenciada de oficio por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, "dado que es la administración promotora del proyecto y de la expropiación, así como titular del río Cabra, con objeto de definir y delimitar la superficie afectada en la expropiación, conforme lo establecido en el art. 17 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954, 1848) ".

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

Se añadía que "para favorecer la tramitación del deslinde estamos dispuestos a aportar toda la información de topografía, modelos digitales y estudios hidrológicos en la que nos hemos basado para realizar el informe técnico de expediente de dominio suscrito por el técnico D. Cesareo de fecha 27-7-2018 y sus anexos", y terminaba solicitando:

- Que la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir realice de oficio el deslinde del río Cabra en el tramo comprendido con la parcela catastral con referencia NUM000, conforme lo establecido en el art. 241 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril (RCL 1986, 1338, 2149), por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

- "Como alternativa a lo anterior en el caso de que se rechace lo anteriormente solicitado, y no proceda el deslinde de oficio de la Administración, se solicita el deslinde a instancia de esta parte como interesados, conforme lo establecido en el art. 241 anteriormente referenciado, debiendo aportar la administración presupuesto desglosado para que sea aceptado por nosotros, conforme lo establecido en el art. 242 del Real Decreto 849/1986, anteriormente referenciado, sin perjuicio de las reclamaciones que podamos hacer a la administración por entender que se debería hacer de oficio por parte de la administración, según lo indicado en el expositivo 5 de este escrito, dado que no sería exigible al interesado el deslinde del río Cabra, ya que esto supondría un carga al administrado que no le corresponde, dado que esta situación de expropiación ha surgido por necesidades de la administración y no del administrado, estando el administrado hasta ahora en una situación pacífica como propietario de forma pública y notoria en la zona que la administración considera como suya en el proyecto y procedimiento de expropiación en tramitación".

En su demanda funda su pretensión la parte recurrente con los siguientes razonamientos: "que se ha producido un acto administrativo presunto de silencio administrativo negativo, ya que la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir no ha contestado a la solicitud", siendo el plazo para contestar el de un año, según lo establecido en la disposición adicional sexta del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (RCL 2001, 1824, 2906), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, silencio que "ha derivado en una inactividad de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir como administración competente en su obligación de deslindar del río Cabra a su paso por la finca referenciada, ya sea a propia iniciativa de la administración o a solicitud de interesado"; siendo la demandada la administración competente para deslindar del río Cabra, según lo establecido

en el art. 95 -"apeo y deslinde de los cauces de dominio público"- del referido texto legal, en el que se establece en su apartado 1 que "el apeo y deslinde de los cauces de dominio público corresponde a la Administración del Estado, que los efectuará por los Organismos de cuenca, según el procedimiento que reglamentariamente se determine", señalando el art. 241.1 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico establece el procedimiento de deslinde que "el procedimiento se iniciará mediante acuerdo del Organismo de cuenca, ya sea por propia iniciativa o a instancia de los interesados"; que al ser la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir "la administración promotora del Proyecto referenciado, es la administración expropiante y es la titular del río Cabra y competente para realizar el deslinde del río Cabra, según lo justificado anteriormente, debió haber realizado el deslinde la propia Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de oficio, previo a la redacción del proyecto", y "en el caso de que se rechace y no proceda el deslinde de oficio a iniciativa de la administración, será obligatorio para la administración realizar el deslinde a instancia de los interesados, sin embargo esta última opción no la consideramos ajustada a derecho, ya que no sería exigible al interesado el deslinde del río Cabra, dado que con el deslinde a instancia de interesado, el solicitante debería correr con todos los gastos que se deriven de la tramitación del procedimiento, y de las operaciones sobre el terreno que correspondan, y esto supondría una carga al administrado que no le corresponde, dado que esta situación de expropiación ha surgido por necesidades de la administración y no del administrado", insistiendo en "que es la propia administración la que no cumple con su obligación de deslindar el río Cabra a su paso por la finca, actuando la administración de mala fe, sabedora que deberá expropiar 2147,90 m² (739+1408,90), casi el triple de la superficie de 739 m² inicialmente establecida en el requerimiento de la hoja de aprecio", encontrándonos "en una situación de bloqueo, al no poder resolver las discrepancias del lindero de la finca convenientemente ante el organismo competente y en el procedimiento de expropiación, como requiere la administración de Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, ya que es la propia administración de Confederación Hidrográfica del Guadalquivir la que no cumple con su obligación de deslindar el río Cabra a su paso por la finca".

Añade que "con respecto al presupuesto de deslinde del dominio público hidráulico del río Cabra, para la finca objeto de expropiación, con un coste de 29.878,58 para un tramo de deslinde en torno a 99 m de longitud, realizado por la empresa Tragsatec del Grupo Tragsa de fecha 16-11-2020, cabe indicar que si bien este presupuesto no pertenece al expediente administrativo del

acto recurrido de silencio administrativo de solicitud de deslinde del río Cabra en parcela catastral NUM000 con registro electrónico nº NUM004 de fecha 5-5-2019, sino que pertenece al expediente administrativo de solicitud de coste de deslinde del río Cabra en parcela catastral NUM000, el día 7-10-2019 con registro electrónico nº NUM005, el cual se realiza a título meramente informativo, además constituye un presupuesto abusivo"; que estos dos expedientes tienen distinto objeto ya que "en expediente de solicitud de coste de deslinde del río Cabra en parcela catastral NUM000 de fecha 7-10-2019, en el cual se solicitaba a título puramente informativo cual sería el coste del deslinde, sin solicitar el deslinde administrativo del río Cabra, ni hacer referencia alguna de la solicitud del deslinde administrativo del río Cabra de fecha 5-5-2019 (objeto de este recurso contencioso-administrativo), ni al procedimiento de expropiación al que está sometido la finca".

Prosigue la parte demandante: "en el caso hipotético" de que no se considere que proceda el deslinde de oficio por parte de Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, "y que subsidiariamente a lo anterior, procede el deslinde a instancia de esta parte como interesados, no sería válido ningún presupuesto de deslinde por empresa para el establecimiento del precio de las operaciones de deslinde en el caso de la solicitud de deslinde a instancia de parte interesada, ya que el precio del deslinde solo se puede establecer por medio de una tasa pública, según lo establecido en el art. 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril (RCL 1989, 835) , de Tasas y Precios Públicos".

Termina pidiendo en su demanda que se dicte sentencia por la que se "declare la obligación de Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de realizar de oficio el deslinde administrativo del río Cabra a su paso por la parcela catastral NUM000, conforme lo establecido en la legislación de aguas, del art. 95 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, y los art. 240 a 242 ter del Real Decreto 849/1986 Reglamento de Dominio Público Hidráulico o subsidiariamente, declare la obligación de Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de realizar a instancia de parte el deslinde administrativo del río Cabra a su paso por la parcela catastral NUM000, si bien el establecimiento de los gastos que se deriven de la tramitación del procedimiento y de las operaciones sobre el terreno que correspondan que corran a cargo del solicitante conforme lo establecido en el art. 241.1 del Real Decreto 849/1986 Reglamento de Dominio Público Hidráulico se fije por medio de tasa pública aprobada por el correspondiente procedimiento administrativo, conforme lo establecido en el art. 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos".

El Abogado del Estado opone en su escrito de contestación a la demanda que la potestad de deslinde, conforme al TRLA y el RDPH, puede ser ejercitada bien de oficio, por propia iniciativa, bien a instancia de parte (art. 241 RDPH), que, por definición, de oficio significa que se realiza sin excitación de parte, no contemplando el TRLA ni el RDPH ningún supuesto en que se obligue a la Administración a realizar el deslinde, configurado en el art. 41 de la Ley 33/2003 (RCL 2003, 2594) , de Patrimonio de las Administraciones Públicas como una facultad o prerrogativa para la defensa del dominio público.

Añade que no puede, por tanto, la parte recurrente considerar que hay una suerte de inactividad de la Administración derivada de la falta de realización de una prestación concreta en favor de una o varias personas a la que estuviera obligada en virtud de la ley y que pudiera exigirse por la vía del art. 29 LJCA (RCL 1998, 1741) ; y que, por otra parte, desde el momento en que un interesado se dirige al Organismos de Cuenca para que practique un deslinde, la actuación que la Administración inicie ya lo será a instancia de parte.

Estas alegaciones son del todo compartidas por la Sala. Al no haberse incoado de oficio, la parte recurrente sólo puede pretender en este procedimiento que la Administración demandada incoe el procedimiento de deslinde a su instancia, pronunciamiento este, articulado como pretensión subsidiaria por los demandantes, respecto del cual nada ha sido además objetado de adverso.

En cuanto a su petición formulada en la demanda de que se declare que "el establecimiento de los gastos que se deriven de la tramitación del procedimiento y de las operaciones sobre el terreno que correspondan que corran a cargo del solicitante ... se fije por medio de tasa publica aprobada por el correspondiente procedimiento administrativo, conforme lo establecido en el art. 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos", también tiene razón el Abogado del Estado cuando sostiene que no cabe tal pronunciamiento en cuanto solicitado como declaración precautoria y sin una previa petición a la Administración en tal sentido, incurriendo con ello en desviación procesal. En efecto, se interesaba en vía administrativa que la Administración debe aportar "presupuesto desglosado para que sea aceptado por nosotros" y ello, además, "sin perjuicio de las reclamaciones que podamos hacer a la administración por entender que se debería hacer de oficio".

En todo caso, el art. 95.1 del texto refundido de la Ley de Aguas, invocado por la propia parte recurrente, establece que "el apeo y deslinde de los cauces de dominio público corresponde a la Administración del Estado, que los efectuará por los Organismos de cuenca, según el procedimiento que reglamentariamente se determine", y si el procedimiento de deslinde se incoa a instancia de los interesados, y no de oficio, cual ha de ser el caso, está reglamentado que "todos los gastos que se deriven de la tramitación del procedimiento y de las operaciones sobre el terreno que correspondan correrán a cargo del solicitante", según previene el art. 241.1 del RDPH, sin que se pueda pretender en este recurso una sentencia de exención de tal obligación reglamentaria ni la fijación judicial del importe de los gastos por considerar abusivo el importe de un presupuesto ofrecido por la Administración y que se alega que incluso corresponde a distinto expediente.

Se impone, pues, la estimación parcial del recurso conforme a estos razonamientos, en los términos que se dirán.

SEGUNDO. - De conformidad con el artículo 139.1 de la L.R.J.A. de aplicación, no procede pronunciamiento de condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Serafina y por doña Tarsila, don Vidal y don Jesús Luis, contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de 5 de mayo de 2019 de deslinde administrativo del Río Cabra a su paso por la parcela catastral NUM000, debemos declarar y declaramos el derecho de los recurrentes a que la Administración demandada proceda, a instancia de ellos, a dicho deslinde en el procedimiento reglamentariamente determinado. Sin costas.

(St de 19 de mayo de 2022. Nº. 707 Sala de Sevilla Ponente Valpuesta Bermúdez)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Ejercicio de la potestad sancionadora por funcionarios públicos e interinos.

PRIMERO.-

Procede resolver la tesis planteada al amparo del art. 33.2 de la LJCA (RCL 1998, 1741) por esta Sala con relación a la nulidad de pleno derecho atendido

que la Gerente Municipal de Urbanismo que firma el acuerdo de incoación del expediente sancionador no tenía la condición de funcionaria.

Frente a las alegaciones de la Administración, el planteamiento de estas tesis en el recurso de apelación no sólo no ha sido equiparada por el Tribunal Supremo a su improcedencia en el recurso de casación, en los términos regulados en la LJCA precedentes a la reforma por ley 7/15, sino que expresamente se ha admitido tal posibilidad, dada la muy diferente naturaleza del recurso de apelación. Así en STS de fecha 9 de enero de 2001 (RJ 2001, 230), rec. 4012/1995 señala:

"(Pero) no es menos cierto que la naturaleza de recurso extraordinario o especial que el de casación tiene impone la necesidad de que el enjuiciamiento que en él se realiza haya de desarrollarse dentro del cauce suministrado por los motivos tasados que lo autorizan, de tal suerte que ni la Sala podría reconstruir o ampliar un recurso de casación con motivos distintos de los aducidos por la parte sin desconocer el derecho de defensa de la contraria y la función de defensa de la norma y de su correcta interpretación que lo inspira, ni, cual si se tratara de un recurso de apelación, plantear a las partes la existencia de otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición por la vía del art 43.2 de la Ley Jurisdiccional aquí aplicable EDL 1956/42 -33.2 de la vigente EDL 1998/44323-. Esta facultad está concebida para flexibilizar el principio dispositivo a la hora de centrar el tema fundamental objeto de debate, dando entrada, prudencialmente, al principio de iniciativa del órgano jurisdiccional, incluso en la segunda instancia, pero no puede extenderse a un recurso, como el de casación, que conserva una importantísima función de nomofilaxis del Ordenamiento y que, asegurando, como se ha dicho, la defensa de la norma y de su correcta interpretación, propende primordialmente a fijar su sentido y a unificar los criterios interpretativos y aplicativos de ese ordenamiento mediante la elaboración de jurisprudencia o doctrina legal - art 1º.6 del Código Civil (LEG 1889, 27) - y solo de forma indirecta o refleja satisfacer el derecho del litigante (ius litigatoris)".

Pues bien, la cuestión se plantea en cuanto comporta la concurrencia de una causa de nulidad apreciada sobre la base de un hecho acreditado y admitido -que de hecho la Administración no controvierte pues le consta su apreciación en otras causas cuyos recursos de apelación se han resuelto por esta Sala, como, además de la señalada en la providencia planteando la tesis las dictadas en los autos 8/18 y 198/18- de forma que estimando que la cuestión sometida a nuestro conocimiento pudiera no haber sido

apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, procedía, como así se ha hecho, plantear la tesis.

Pues bien según resulta del expediente la resolución de incoación del expediente sancionador fue dictada por la Gerente de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda, Sra. Luisa y con relación a la falta de competencia de la Gerente por no ostentar la condición de funcionario público al encontrarse vinculada -cuestión reiteramos no controvertida por la Administración demandada y ello atendido el tenor de los Estatutos de la Gerencia- por un contrato administrativo de alta dirección ha sido objeto de pronunciamiento por esta Sala en diversas sentencias, como las dictada en fecha 5 de marzo de 2020 en recurso 1/08 que se remite a lo expresado en la sentencia de 17 de febrero de 2020, dictada en el recurso de apelación nº. 713/2017, señalábamos en la referida sentencia:

"Debe observarse que el recurso contencioso administrativo debió de ser estimado debido a que el expediente sancionador fue incoado mediante resolución de 3 de enero de 2014, por la gerente doña Luisa, que no ostenta la condición de funcionario público. Esta Sala y Sección se ha pronunciado al respecto en sentencia de 17 de febrero de 2020, dictada en el recurso de apelación nº. 713/2017, en la que se expresó lo siguiente:

TERCERO: El demandante extiende el requisito del fundamento anterior a la gerente de la Administración demandada, quien incoa el procedimiento sancionador y está unida a ella por un contrato laboral de alta dirección.

Los estatutos de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Sanlúcar de Barrameda le atribuyen la incoación, instrucción y resolución de expedientes sancionadores por comisión de infracciones urbanísticas (artículo 4.1.16); a su presidente la resolución de expedientes sancionadores por comisión de infracciones urbanísticas o de otra naturaleza, así como la adopción de medidas cautelares (artículo 22.1 m); y al gerente la incoación de expedientes sancionadores por comisión de infracciones urbanísticas (artículo 30.1 r).

En cumplimiento de esas normas, D^a. Luisa acordó incoar el procedimiento sancionador contra el demandante el 21 de abril de 2014.

Hemos analizado esta cuestión en nuestra sentencia de 29 de noviembre de 2018 con el resultado siguiente:

El artículo 92.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372), Reguladora de las Bases del Régimen Local, tras su modificación por el art. 1.24 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre (RCL 2013, 1877), dice: Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

El artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2015, 1695, 1838) viene a decir lo mismo. No menciona expresamente a los funcionarios de carrera, pues habla de funcionarios públicos en general, pero tal es el título del artículo.

Luego habrá que comprobar si la gerente participa directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales...

SEXTO.- El ejercicio de la potestad sancionadora se manifiesta primordialmente a través de la imposición de la sanción o de forma negativa en la decisión contraria (declaración de caducidad o prescripción, etc.), y con menor intensidad, pero también, en la incoación del procedimiento sancionador y en la adopción de medidas cautelares, con sus excepciones en este último caso.

Podría plantearse, pero no es preciso en este proceso, si el funcionario interino puede realizar esas funciones en virtud del artículo 10 del Estatuto Básico del Empleado Público, ya que es nombrado para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, sin más distinciones por tanto que las que la ley explícitamente señale.

O, lo que viene a ser lo mismo, si el sintagma exclusivamente a los funcionarios de carrera del artículo 92 de la Ley 7/1985 pretende dejar fuera precisamente los interinos.

Tampoco es preciso dilucidar en esta sentencia si las demás actuaciones que pueda realizar el funcionario en el marco del tipo de procedimiento que nos ocupa no son más que el desempeño de los cometidos propios de su empleo y categoría, donde es indiferente que sea de carrera o interino porque según el artículo 10 del Estatuto Básico del Empleado Público, son nombrados como

tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, sin más distinciones.

Lo mismo respecto del personal laboral en funciones tangenciales o de colaboración o contribución en el desempeño de la potestad sancionadora.

Y no hemos de examinar ninguna de estas cuestiones, sin duda relevantes en otros casos, porque, como ya hemos dicho, la decisión que toma la gerente de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Sanlúcar de Barrameda afecta a la esencia de la potestad sancionadora, una potestad pública, esencial y exclusivamente pública.

Así como porque dicha gerente, doña Luisa, no es funcionaria, ni de carrera ni interina, de la Administración demandada, sino que está unida a ella, según la certificación de su secretaria general y como ya hemos dicho, por un contrato laboral de alta dirección.

Categoría que no le permite, según hemos razonado, el ejercicio de la potestad sancionadora.

Esto aboca a la anulación del acto administrativo impugnado por inidoneidad de quien ha ordenado la incoación del procedimiento que dio lugar a él.

SÉPTIMO.- Otra solución supondría consentir el fraude del artículo 92.3 por el sencillo expediente de constituir un organismo autónomo, conferirle la competencia sancionadora a uno de sus órganos y designar para que lo ocupe a quien no podría desempeñarla de haberla conservado el Ayuntamiento.

El artículo 25 de los estatutos de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Sanlúcar de Barrameda regula la designación de su gerente de la siguiente forma: El Gerente será designado por el Presidente, y su nombramiento deberá recaer en un profesional de reconocida experiencia en el campo del urbanismo o que haya demostrado su eficacia en la gestión empresarial o administrativa.

Y el artículo 27, De la naturaleza jurídica y duración de la relación de servicios: 1. El cargo de Gerente es profesional y por tanto retribuido y regulado por el contrato que específicamente se estipule para el desarrollo de las funciones propias de su competencia. 2. El contrato vinculará al Gerente por un período máximo de 4 años, renovable.

El gerente puede cesar por simple decisión del presidente y lo hará a la extinción de su contrato (artículo 29).

Estas normas no solamente ponen de manifiesto que la relación no es funcional, ni podría serlo según la configuran; sino que está en su contenido muy alejada de los principios de estabilidad, neutralidad e independencia propios de ella.

Luego, aunque el artículo 30.1 r) atribuya al gerente la competencia para la incoación de expedientes sancionadores por comisión de infracciones urbanísticas, solo podrá ejercitarla aquel que desempeñe el cargo en virtud de su condición de funcionario público."

Lo que debe determinar la estimación del recurso apreciando la causa de nulidad referida y dejando sin efecto la resolución sancionadora dictada.

TERCERO.-

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la LJCA (RCL 1998, 1741) no procede hacer especial pronunciamiento en costas en esta instancia. En cuanto a las causadas en la instancia la cuestión planteada lo ha sido de oficio por lo que resulta justificada la no imposición de costas al amparo de las previsiones del art. 139.1 de la LJCA.

(St. 637 de 22 de abril Sala de Sevilla. Ponente Ángel Salas Gallego)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. AGUAS. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Competencia. Procedimiento de intervención en instalaciones de depuración. Principio de proporcionalidad. Responsabilidad. Concurrencia de responsabilidad de la Administración local y autonómica

PRIMERO.-

Es objeto del presente recurso dilucidar si es conforme a Derecho la Resolución de fecha 26 de febrero de 2019 del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir que acordó desestimar la reclamación previa a la vía contenciosa administrativa contra la resolución de la Presidencia de 15 de octubre de 2018 que le impuso una sanción de multa de 5.074 euros, así como la obligación de indemnizar los daños al dominio público hidráulico en la cuantía de 323 euros, requerirle para que corrija inmediatamente los vertidos denunciados y para que en el plazo de un mes inste ante dicho Organismo su preceptiva legalización.

La Resolución impugnada imputa al Ayuntamiento sancionado los siguientes hechos: "Realizar vertidos de aguas residuales procedentes de los núcleos

urbanos de Moclín y Olivares al cauce público del río Velillos, careciendo de la preceptiva autorización de este Organismo y resultando, a la vista del resultado analítico obtenido, vertidos contaminantes con capacidad de afección a la calidad de las aguas, en el T.M. de Moclín (Granada)".

Considera que los hechos declarados probados son constitutivos de infracción administrativa leve del Texto Refundido de la Ley de Aguas (RCL 2001, 1824, 2906), Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de Julio y prevista en su artículo 116.3 apartados a), f) y g) en relación con el artículo 100 y en el artículo 315 apartados i) y l) del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (RCL 1986, 1338, 2149) en relación con el artículo 245 de dicho Reglamento.

SEGUNDO.-

La parte recurrente cuestiona la legalidad de la mencionada resolución por los siguientes motivos:

a) Falta de legitimación pasiva. Ausencia de culpabilidad e imputación de la responsabilidad objetiva. Expone, muy en síntesis, que a pesar de que la Administración autonómica conoce la necesidad palmaria de la construcción de la EDAR en Moclín, no ha cumplido con sus obligaciones, al amparo del art. 56.7 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (RCL 2007, 548), y el apartado 5 del art. 11 de la Ley 9/2010, de Aguas para Andalucía.

b) Graves irregularidades en la instrucción del procedimiento sancionador, toda vez que se ha incumplido la norma internacional UNE-EN ISO/IEC 17.025. No consta el método empleado ni para la obtención de la muestra ni para el posterior análisis; no se acredita la identidad de la muestra obtenida y la que finalmente se analiza en el laboratorio, se ha roto de manera palmaria la cadena de custodia, de modo que la única prueba de cargo existente es nula al no cumplir con las prescripciones mínimas exigibles.

Alega que no se tuvo conocimiento de la inspección para poder estar presente en la misma con un técnico cualificado de su elección, asistiendo un operario de mantenimiento no cualificado; no fue informado de la naturaleza y alcance de la inspección para posibilitarse realizar las manifestaciones que a su derecho convenga.

c) Nulidad de pleno derecho por lesión del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que anuda a las irregularidades graves que concurren en la instrucción del expediente. Añade que el técnico que tomó la muestra no es funcionario público, condición esencial de quien levanta el acta, que además recibe la muestra y la analiza, sin que exista garantía de imparcialidad.

d) Nulidad del procedimiento sancionador al vulnerarse del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, establecido en el art. 24 CE (RCL 1978, 2836), en particular, se solicitó que se informara acerca del cargo y condición de autoridad del inspector de vertido, sin que se hubiera atendido dicha prueba por la Administración.

e) Inobservancia de circunstancias modificativas de responsabilidad. Alega que, dada la falta de culpabilidad e intencionalidad de la Administración sancionada, procede la minoración de la sanción impuesta.

TERCERO.-

El Abogado del Estado se ha opuesto a la pretensión anulatoria deducida por la parte actora interesando la confirmación de la resolución impugnada.

Argumenta en síntesis, que en el expediente administrativo consta el acta de constancia y toma de muestras, donde se pone de manifiesto la amplia superación de los parámetros permitidos para los vertidos de aguas, sin que el recurrente efectúe prueba alguna en contrario; que los actos realizados por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo gozan de presunción de exactitud, más incluso en el presente supuesto en el que el propio recurrente reconoce que efectúa vertidos sin autorización; que el actor, aun cuando alega incumplimiento de los criterios y normas sobre toma de muestra y análisis de vertidos de aguas residuales, no efectúa prueba alguna y menos aún especifica las infracciones cometidas, realizándose la toma de muestras en presencia de representante de la actora.

Opone, asimismo, que con independencia de los convenios con la Junta de Andalucía, el responsable es el que vierte y no adopta las medidas de seguridad necesarias para garantizar la legislación sobre aguas.

Considera, por último, que la Administración ha tenido en cuenta las circunstancias concurrentes: se trata de vertidos contaminantes, que pueden perjudicar el dominio público y se vierte sin autorización, por lo que resulta improcedente la alegación sobre la aplicación del principio de proporcionalidad.

CUARTO.-

El primer motivación de impugnación consistente en falta de legitimación pasiva y la ausencia de culpabilidad de la actora, por cuanto que la supuesta infracción de la normativa vigente se ha producido por circunstancias ajenas a la voluntad y posibilidades de aquélla, ha de ser desestimado.

Hemos mantenido en reiteradas ocasiones - sentencia de esta sala y sección de 25-7-2017, nº 1699/2017, rec. 1086/2013 - y reiteramos ahora que "se trata de una cuestión ya resuelta en la sentencia del TSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 5-5-2014, nº 1212/2014 (PROV 2014, 204995), rec. 542/2009, que señala lo siguiente "es cierto y consta en el expediente que la Agencia Andaluza del Agua se comprometió a la elaboración y aprobación de los proyectos, contratación y ejecución de los mismos, en virtud del convenio suscrito en fecha 6 de octubre de 2006 entre ésta, los consorcios implicados y los ayuntamientos de la vega de Granada, en aplicación del Plan General de Saneamiento de la Vega de Granada, que además se encuentran en ejecución. Pero ello, como decimos, ni exime a la actora del cumplimiento de sus obligaciones ni justifica la renuncia al ejercicio de una de las competencias atribuidas por la ley (las competencias de las Administraciones Públicas son irrenunciables, artículo 12 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246)), pues ello es lo que se pretende en definitiva al remitir al proyecto que elabore la Agencia Andaluza del Agua. Por otra parte la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, es conocedora de estos relevantes extremos, y es destinataria de las normas del artículo 266 RDPH (RCL 1986, 1338, 2149) (RCL 1986, 1338, 2149) que establece el procedimiento de intervención en instalaciones de depuración:

"1. El Organismo de cuenca practicará las inspecciones pertinentes en las instalaciones de depuración de aguas residuales correspondientes a un vertido autorizado. Cuando de esas inspecciones resulte el mal funcionamiento de una estación depuradora de aguas residuales, y sin perjuicio de la incoación del procedimiento sancionador, podrá requerir al titular para que tome las medidas necesarias que permitan el correcto funcionamiento de las instalaciones, en el plazo determinado en cada caso. Si el titular no atiende el requerimiento, el Organismo de cuenca propondrá al órgano competente la suspensión cautelar y temporal de las actividades que producen el vertido.

2. El Organismo de cuenca podrá hacerse cargo directa o indirectamente, por razones de interés general y con carácter temporal, de la explotación de las instalaciones de depuración de aguas residuales, cuando no fuera posible la paralización de las actividades que producen el vertido y se derivasen graves inconvenientes del incumplimiento de las condiciones autorizadas.

En este supuesto, el Organismo de cuenca reclamará del titular de la autorización, incluso por vía de apremio:

a) Las cantidades necesarias para modificar o acondicionar las instalaciones en los términos previstos en la autorización.

b) Los gastos de explotación, mantenimiento y conservación de las instalaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 107 del texto refundido de la Ley de Aguas (RCL 2001, 1824, 2906)_(RCL 2001, 1824, 2906).

3. Cuando el Organismo de cuenca se haga cargo de modo indirecto de la explotación de las instalaciones, podrá contar para ello con la colaboración de las empresas de vertido, o de cualquier otro ente público o privado que considere idóneo, corriendo a cuenta del titular de la autorización los gastos que se deriven de tal colaboración ".

(...) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de enero de 2013 (PROV 2013, 276952) señalaba que la competencia municipal se conserva sea cual sea la evolución fáctica y normativa y " la existencia de dicho Convenio no exonera al Ayuntamiento de sus obligaciones ni le priva de sus competencias por tanto, si considera que la falta de la ampliación de la EDAR es determinante de los hechos de autos, tiene sus acciones al respecto y destacable es que la negligencia que invoca de estas Administraciones se corresponde con la propia ya que ninguna actuación ha podido acreditar en reclamación de su cumplimiento puesto que incide, como hemos visto, en el marco de sus competencias y no sólo esto sino que estima de tal trascendencia, según sus propias alegaciones, que le hace inviable su adecuado cumplimiento".

Este Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en su sentencia de 13 de febrero de 2012 establece -aunque relativa a un procedimiento sancionador- que: el Ayuntamiento recurrente es el responsable del tratamiento de las Aguas residuales urbanas de acuerdo con el RD-L 11/1995 al objeto de poder cumplir con las normas de emisión contenidas en la autorización de vertidos. Esa responsabilidad implica necesariamente el conocer y regular los vertidos que se producen en su red de saneamiento, realización de inspecciones toma de muestras etc. La falta de control por parte de esa Administración local en este caso se pone de manifiesto en el propio escrito de demanda, del que se desprende que ya desde el inicio del funcionamiento de la EDAR conoce su incapacidad para asumir y depurar los caudales que recibe, y con independencia de quien fuera el autor del diseño de la EDAR , la falta de agilidad en la actuación del Ayuntamiento y sobre el control en materia de vertidos, ha provocado que la Confederación demandada decidiera intervenir al objeto de preservar la calidad de las aguas continentales. Existe por tanto una

evidente responsabilidad propia en el control de vertidos producidos en la red de saneamiento municipal, y la omisión de actuaciones necesarias por parte del Ayuntamiento para impedir vertidos contaminantes a las redes de saneamiento de que es titular, que motivó que se produjera a través de una instalación de titularidad municipal un vertido altamente contaminante que ha producido daños al dominio público hidráulico. (...) En este sentido el RD-Ley 11/1995 (RCL 1995, 3524) que establece las normas aplicables al tratamiento de aguas residuales urbanas, atribuye al Ayuntamiento la responsabilidad del tratamiento de las aguas residuales urbanas que entran en los sistemas colectores, correspondiendo por tanto al Ayuntamiento el control de la normativa interna sobre vertidos, y siendo responsable de todos estos hechos el Ayuntamiento..., organismo titular y encargado de la explotación de las instalaciones de depuración, conforme se deriva de las obligaciones de competencia municipales dispuestas en los artículos 25 f) (protección del medio ambiente), h) (protección de la salubridad pública) y l) (suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales) y 26 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, por todo lo que no puede atenderse la pretensión del Ayuntamiento de eludir sus responsabilidades a fin de imputárselas a la propia Confederación.

También la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de noviembre de 2012 (PROV 2013, 3753) destaca que por otro lado la culpabilidad se desprende del hecho de que corresponda al Ayuntamiento la obligación legal de depurar las aguas (artículo 25.2 l LBRL (RCL 1985, 799, 1372) (RCL 1985, 799, 1372) 7/1985), sin que pueda hacer dejación de sus funciones por el hecho de que concurran otras Administraciones en su auxilio, con lo que existe título de imputación suficiente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 130 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) .

Así pues, es responsabilidad de las corporaciones locales el proveer a todas las aglomeraciones urbanas situadas en su municipio del preceptivo sistema de evacuación de aguas residuales, siendo la Corporación Local la titular del servicio y de la autorización y en este sentido debemos recordar que la Directiva 91/271/CEE (LCEur 1991, 531) (LCEur 1991, 531) del Consejo, de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, establece dos obligaciones claramente diferenciadas, en primer lugar, las "aglomeraciones urbanas" deberán disponer, según los casos, de sistemas colectores para la recogida y conducción de las aguas residuales y, en segundo lugar, se prevén distintos tratamientos a los que deberán someterse dichas aguas antes de su

vertido a las aguas continentales o marítimas, siendo responsabilidad de los Municipios el proveer de dichos sistemas de evacuación".

En definitiva, la competencia y consiguiente responsabilidad sobre el vertido se hallaba en la esfera del Ente local sancionado, y la suscripción del referido convenio es insuficiente para, a efectos sancionadores, erigirse como causa exoneradora de las obligaciones que legalmente le corresponden.

QUINTO.-

Igualmente deben ser desestimadas las irregularidades que se dicen cometidas en el procedimiento seguido por la Administración sancionadora.

Debemos recordar que ya en Sentencia núm. 546/2019, de 14 de marzo (PROV 2019, 199355), dictada por esta Sala en el recurso nº 226/2016, argumentamos: "Se aduce por el Ente local la infracción de la norma internacional UNE-EN ISO/IEC 17.025. Sin embargo, la pertenencia de España al Comité Europeo de Normalización, que se trata del ente emisor de la norma, no implica que la citada Norma Europea forme parte del ordenamiento jurídico español, pues no procede de un órgano comunitario con capacidad para dictar normas de carácter supranacional dotadas de naturaleza ejecutiva, y tampoco consta que sus prescripciones o recomendaciones hayan sido incorporadas a un reglamento, directiva o decisión europea, o una norma de carácter nacional.

Este es el criterio que se desprende de la STSJ Andalucía (Sevilla) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 01-10-2014, nº 868/2014 (PROV 2015, 207965), rec. 437/2012, con cita de la SAN de 4-10-2006 (PROV 2006, 251362), rec. 62/2003, que compartimos plenamente.

A mayor abundamiento, en el art. 8 de la Ley 21/1992, de 16 de julio (RCL 1992, 1640), de Industria, se define la Norma como la "La especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa", por lo que es evidente que su observancia no es preceptiva, siempre y cuando no se haya incorporado válidamente al ordenamiento jurídico, lo que, se insiste, no se ha acreditado por la actora.

En todo caso, argumenta la parte demandante que no consta el método empleado para la obtención de la muestra y posterior análisis.

En los folios 34 a 38 del expediente administrativo, figura el acta de constancia y toma de muestras de vertidos de aguas residuales, donde se

hace constar el lugar donde se tomaron las muestras y los puntos de vertidos, mediante el oportuno croquis y una completa descripción en el apartado observaciones, acompañando ortofotos y reportaje fotográfico. En los informes de ensayos que exponen los resultados analíticos de las muestras obtenidas, obrantes a los folios 32 y 33 del expediente, se especifican los tipos de muestras, puntos de muestreo, fecha de toma de muestra, número de precinto y origen, fecha de recepción, fechas de inicio y finalización del análisis, y se contiene el código de identificación de las muestras, datos que coinciden con los que consta en el acta de tomas de muestras. Se especifican asimismo los parámetros analizados, el método empleado y los resultados obtenidos.

Debemos añadir que en el momento de la toma de muestras estaba presente un operario del Ayuntamiento, en representación del mismo, que firmó el acta, y pudo constatar la forma en que se obtuvieron las muestras y, en su caso, haber formulado las alegaciones que hubiera estimado oportunas.

Los folios 35 y 36 del expediente expresan la cadena de custodia, en ellos se indica la utilización de la técnica de conservación en frío, código de identificación de las muestras, coordenadas, identidad de las personas que enviaron y recibieron la muestra, respectivamente, así como la fecha y hora, y el código de laboratorio. También se entregaron al representante del Ente local dos muestras contradictorias en bolsas precintadas con los códigos de identificación nº 991 y 993.

Por cuanto antecede, debemos concluir que no existe base para sostener que haya existido una "ruptura palmaria" de la cadena de custodia.

Debe insistirse en que durante la realización de la toma de muestras estuvo presente un representante del Ayuntamiento, titular de la actividad, que se trata del requisito previsto en la norma. Si la Administración no envió un técnico, a su juicio, más especializado la materia, se debe exclusivamente a su entera responsabilidad, y es evidente que nula trascendencia tendría sobre la regularidad del expediente sancionador que nos ocupa.

También se invoca el apartado 6 del RD 1369/2000 (RCL 2000, 1630, 2106), sin explicar las concretas infracciones de la citada norma en que habría incurrido la Administración. En todo caso, ya hemos analizado que el procedimiento se ajustó al ordenamiento jurídico y resulta más que suficiente para garantizar que la muestra se obtuvo en el lugar reflejado en el acta, que se envió y recibió con las debidas garantías, así como el posterior análisis por un laboratorio debidamente acreditado. Frente a ello, el Ente

local en ningún momento practicó un análisis contradictorio, a pesar de disponer de una muestra entregada al efecto.

Según la actora, no se informó al inspeccionado sobre la posibilidad de realizar las manifestaciones que hubiera estimado oportunas, pese a que, no obstante, en los folios 37 y 38 consta un apartado de observaciones referidas al titular/representante, debidamente firmado por el representante del Ayuntamiento, que aparece en blanco, optando por no formular alegaciones.

En lo que hace a la infracción del principio de presunción de inocencia, se trata de un argumento que parte de la previa aceptación de que las pruebas obtenidas durante el expediente administrativo habrían incurrido en algún tipo de vicio o irregularidad, circunstancia que no comparte este órgano judicial por todo lo razonado anteriormente.

Alega la demandante que el técnico que tomó la muestra y levantó el acta no ostenta la condición de funcionario público -se ha acreditado que es empleado público de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, Técnico Superior de Actividades Técnicas y Profesionales de la Comisaría de Aguas-; ahora bien, ello no le inhabilita para levantar el acta en cuestión y para la toma de muestras en particular (téngase en cuenta que el expediente se inicia no por dicha acta sino por acuerdo del órgano administrativo competente), siendo prueba de cargo más frente a la que la actora no ha practicado ni propuesto prueba alguna.

Centra la actora su crítica en la falta de garantía de imparcialidad, si bien es lo cierto que pudo haber sido refutada mediante el análisis contradictorio de la muestra que se entregó al representante del Ente local; al margen de que al haberse efectuado todas las actuaciones en presencia de un representante municipal, de igual forma, estuvo en disposición de haber hecho constar las irregularidades que hubiera apreciado durante la toma de muestras, y si no se efectuó ningún tipo de tacha u objeción al respecto debe situarse en su entera esfera de responsabilidad.

SEXTO.-

Respecto de la vulneración de su derecho de defensa al no haberse practicado una de las pruebas solicitadas durante la tramitación del expediente administrativo, en referencia a la solicitud de expedición de oficio para que se hiciera constar el cargo del inspector del vertido y si ostenta o no la condición de autoridad, prueba finalmente practicada en estos autos.

Tal y como hemos expuesto con anterioridad, desde un primer momento constaba su condición de "técnico de calidad de aguas- Zona de Granada,

de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir"; figura con claridad su identidad, cargo y administración de dependencia, sin que la condición de funcionario público sea a estos efectos un dato relevante para enervar la eficacia del expediente sancionador tramitado, al encontrarse prevista la intervención en esta actuación de toma de muestras incluso de organismos y entidades colaboradoras o medios propios de la Administración.

Es por ello, que la acreditación de ser o no funcionario público carecía de relevancia en orden a la capacidad e idoneidad para la realización de esa actuación concreta, antes del inicio del expediente sancionador, y en modo alguno impedía la práctica de prueba contradictoria por el interesado en el procedimiento.

Practicada la prueba en autos, se ha revelado su innecesariedad, por lo que no cabe predicar ningún tipo de indefensión para la actora por el hecho de que la Administración no se pronunciara en su momento sobre su procedencia.

SEPTIMO.-

Finalmente, se invoca la "inobservancia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad" del Ente infractor, al no haber tomado en consideración su falta de intencionalidad y culpabilidad.

La resolución sancionadora, tras calificar la infracción como leve, le impone una sanción de multa de 5.074 euros. Téngase en cuenta que el máximo previsto para las infracciones leves es multa de 10.000 euros.

Razona la resolución que se considera respetado el principio de proporcionalidad en la cuantificación de la sanción, limitándose a reproducir el contenido del artículo 117 del TRLA, conforme al cual las sanciones se impondrán atendiendo a la repercusión de los hechos en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como el deterioro producido en la calidad del recurso.

Es indudable que se trata de parámetros que deben ponderarse por la Administración convenientemente al graduar e individualizar las sanciones; sucede, no obstante que en el caso concreto no se ha efectuado la necesaria concreción e individualización de la sanción, razonando la aplicación de los parámetros al caso singular. Compartimos con la actora, de esta forma, que no concurre ningún elemento fáctico o jurídico que justifique la imposición de la sanción de multa en su mitad superior.

El principio de proporcionalidad es uno de los principios vertebradores del Derecho Administrativo sancionador, y, en síntesis, exige una adecuada correspondencia entre la gravedad del incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública y las consecuencias que se derivan de la comisión de hechos tipificados como infracción (STS, sec. 3^a, de 04-05-2015 (RJ 2016, 6471), rec. 3836/2012). Opera, en primer término, como un límite a la potestad del legislador a la hora de determinar las sanciones que corresponden por las infracciones de orden material, y, en segundo término, como un criterio que debe orientar a la Administración en el ejercicio del ius puniendi del Estado, y su objeto primordial es asegurar que exista una justa adecuación entre la gravedad del hecho y el castigo que lleva aparejado.

Se consagra en el artículo 29 de la Ley 40/2015 (RCL 2015, 1478, 2076) y de su lectura se infiere que su finalidad es, ante todo, garantizar que se guarda la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. Y en este juicio de proporcionalidad, es la misma norma la que establece los parámetros que, especialmente, deben ponderarse para la exacta graduación de la sanción a aplicar, en particular: (i) la intencionalidad o reiteración del infractor; (ii) la naturaleza de los perjuicios causados; (iii) la reincidencia, que se define como la Comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme. La utilización del término "especialmente", pone de relieve -al margen del carácter preferente de tales parámetros-, que pueden tomarse en consideración otras circunstancias que contribuyan eficazmente a la tarea de comprobar esa justa correspondencia entre hecho ilícito y su castigo.

Dado que no se han tomado en consideración la intencionalidad del infractor, la reiteración de la conducta ni las reincidencias, y visto el escaso importe de los daños causados, 323 euros, en relación con la calificación de la infracción como leve, la Sala considera más proporcionada a los hechos una sanción de 2.000 euros.

OCTAVO.-

De conformidad con el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1998, 1741), no imponemos costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación legal del Ayuntamiento de Moclín frente a la Resolución de fecha 26 de febrero de 2019 del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir que acordó desestimar la reclamación previa a la vía contenciosa administrativa contra la resolución de la Presidencia de 15 de octubre de 2018 que le impuso una sanción de multa de 5.074 euros, así como la obligación de indemnizar los daños al dominio público hidráulico en la cuantía de 323 euros, requerirle para que corrija inmediatamente los vertidos denunciados y para que en el plazo de un mes inste ante dicho Organismo su preceptiva legalización.

2.- Declarar que dicha resolución es ajustada a derecho salvo en el importe de la sanción de multa impuesta, que se fija en 2.000 euros.

3.- No imponer costas procesales.

(St 969/2022 de 31 marzo. Sala de Granada. Ponente Ostos Moreno)

XIV.- HACIENDA PUBLICA.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Expropiación forzosa y expropiaciones urbanísticas. Día inicial de prescripción del derecho de la Administración para liquidar el incremento patrimonial derivado de la expropiación. Artículos 51 y 52 LEF.

PRIMERO.-

Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (Sala de Granada) de fecha 31 de enero de 2019 recaída en el expediente número NUM000, que desestimó la reclamación económico administrativa promovida el 19 de enero de 2016 contra el Acuerdo dictado por el Inspector Regional Adjunto de la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Granada que le giró una liquidación con número de referencia NUM001 con una deuda tributaria a ingresar de 17.976,24 euros euros derivada del acta de disconformidad modelo A-02 número NUM002 por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ejercicio 2008.

SEGUNDO.-

De lo obrante en las actuaciones se consideran datos relevantes para la resolución que se somete a nuestra consideración los que siguen. El 31 de marzo de 2008 se suscribió entre la ahora recurrente y la Junta de

Andalucía acta previa a la ocupación de la finca rústica NUM003 en el término municipal de Piñar. En ese acta previa no se fijó cantidad alguna en concepto de justiprecio aunque sí se hizo constar que la propiedad renunciaba a la constitución del depósito previo, pero no al devengo de los intereses legales del justiprecio, añadiéndose que este acta se considera como acta de ocupación definitiva a todos los efectos derivado de la expropiación, que se realiza desde esta fecha. El 6 de febrero de 2012 las partes suscriben acta de adquisición de mutuo acuerdo de la finca expropiada y fija un justiprecio por importe de 108.393,39 euros. Como consecuencia de esa expropiación experimentó, según la Administración, una ganancia patrimonial sujeta a tributación de 90.617,07.

TERCERO.-

No se hace cuestión sobre la existencia del incremento de patrimonio ni sobre el importe de la liquidación practicada, sino sobre si en el momento en que la Administración le giró la liquidación por el IRPF de 2008 había prescrito el derecho de la Administración para liquidar el incremento patrimonial derivado de la expropiación ya reseñada. Según la tesis de la recurrente desde el 30 de junio de 2009, término para la presentación de la declaración del IRPF de 2008 que fue el año del devengo, hasta el 19 de junio de 2015 en que se le notificó el inicio de la acción inspectora había transcurrido con creces el plazo de prescripción de cuatro años. Parecer del que discrepa la Administración que sostiene que hasta que no se fijó el justiprecio no se cuantificó la base para el cálculo del incremento generador de la ganancia patrimonial y por tanto el plazo para la prescripción comenzó desde ese momento por lo que no se había consumado el plazo del citado instituto.

De cuanto antecede es clara la relevancia que tiene la determinación del día inicial en que se ha de computar el período de prescripción. Para ello es conveniente precisar que lo que se grava es el incremento patrimonial que se produjo como consecuencia de la alteración patrimonial que supuso la expropiación de la finca por el procedimiento de urgencia.

CUARTO.-

Sentado lo anterior, conforme doctrina reiterada del Tribunal Supremo la expropiación forzosa puede generar una ganancia o una pérdida patrimonial sujeta al impuesto sobre la renta de las personas físicas [véase, por todas, la sentencia de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 6010) (casación en interés de ley 54/03, FJ 4º)], ya que (a) implica una alteración en la composición del patrimonio del sujeto pasivo; (b) susceptible de originar una variación de su

valor, que (c) no se incluye en otra de las categorías de rentas gravables por ese impuesto.

La Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa, establece, en sus artículos 9 y 15, que para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado. Una vez declarada la utilidad pública o el interés social, la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes.

El artículo 21 de la Ley sobre Expropiación Forzosa dispone que el acuerdo de necesidad de ocupación inicia el expediente expropiatorio, y que dicho acuerdo se publicará y se notificará individualmente a los interesados. El artículo 25 establece que, una vez firme el acuerdo por el que se declara la necesidad de ocupación de bienes o adquisición de derechos, se procederá a determinar su justo precio. Los artículos 26 a 50 de la Ley sobre Expropiación Forzosa regulan el procedimiento para la determinación y pago del justiprecio. El artículo 51 de la misma ley establece que una vez hecho efectivo el justo precio, o consignado el mismo, podrá ocuparse la finca por vía administrativa.

El artículo 52 de dicha Ley regula el procedimiento de declaración urgente de ocupación de los bienes afectados por la expropiación forzosa, señalando que excepcionalmente podrá declararse urgente la ocupación de los bienes. En tal caso, en el artículo 52.4 se dispone que "a la vista del acta previa de ocupación y de los documentos que obren o se aporten en el expediente, y dentro del plazo que se fije al efecto, la Administración formulará las hojas de depósito previo a la ocupación". Y que "efectuado el depósito y abonada o consignada, en su caso, la previa indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate" (artículo 52.6).

A continuación, el artículo 53 dispone que el acta de ocupación, que se extenderá a continuación del pago, acompañada de los justificantes del mismo, será título bastante para que en el Registro de la Propiedad se inscriba o tome razón de la transmisión del dominio y se verifique, en su caso, la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviere afectada la cosa expropiada.

El acta de ocupación es el documento que formaliza la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles expropiados y es título habilitante para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión del dominio. Así se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en

diversas sentencias, entre ellas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 10 de diciembre de 1996, 6 de marzo de 1997 y 12 de junio de 1997.

Llegados a este punto, la sentencia de la sala 3ª de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2011 (recurso de casación 4021/2010), en el fundamento de derecho quinto se pronuncia sobre cuándo ha de entenderse que se consuma la transmisión de un bien sometido a un expediente de expropiación forzosa, y al respecto, señala lo siguiente: "En el procedimiento expropiatorio ordinario, según el artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954, 1848) (RCL 1954, 1848) , sólo cabe ocupar la finca expropiada una vez hecho efectivo el justiprecio o consignado conforme a lo dispuesto en el artículo 50 para los casos en que el interesado rehusase percibirlo o existiese litigio o cuestión entre él y la Administración. Una vez abonado el justiprecio y ocupado el inmueble, se extiende la correspondiente acta, que, en virtud del artículo 53 de la Ley citada, constituye título bastante para que en el Registro de la Propiedad y en los demás registros públicos se inscriba o se tome razón de la transmisión del dominio, cancelándose, en su caso, las cargas, los gravámenes y los derechos reales de toda clase a que estuviere afecta la cosa expropiada. Por ello, el artículo 60 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (BOE de 20 de junio), dispone en su apartado 2 que el acta de pago o el resguardo de depósito a que se refiere el artículo 50 de la Ley, así como el acta de ocupación, constituyen título bastante para practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad.

QUINTO.-

Lo anterior denota - continúa el Alto Tribunal- que si el objeto de la presente litis fuese una expropiación forzosa tramitada por el procedimiento ordinario es claro que las eventuales variaciones en el patrimonio de la expropiada, tendría lugar, por la concurrencia del título y el modo y conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil (LEG 1889, 27) cuando, una vez pagado o consignado el justiprecio, se ocupa la finca, sin perjuicio de que la cuantía del mismo pueda después variar si hubiere pendencia al respecto.

Sin embargo, ese panorama no es tan claro en el procedimiento regulado en el artículo 52 de la Ley. En este procedimiento, que con carácter excepcional y por razones de urgencia excepciona la regla del previo pago, se permite adelantar el momento de ocupación de la finca expropiada, que debe llevarse a cabo en los términos previstos en el citado artículo 52. Esto es, una vez levantada el acta previa de ocupación, formuladas las hojas de depósito

previo a dicha ocupación, fijadas las cifras de las indemnizaciones derivadas de los perjuicios por la rápida ocupación, efectuado el depósito y abonadas o consignadas las citadas indemnizaciones. Cumplidos tales requisitos, cabe ocupar la finca, tramitándose el expediente en sus fases de justiprecio y pago. Pues bien, como en el procedimiento ordinario, sólo con el acta de ocupación puede inscribirse la transmisión del dominio, siempre y cuando ese acta de ocupación venga acompañada por los justificantes del pago, de la consignación del precio o del correspondiente resguardo de depósito, según determina el artículo 53 de la Ley.

De la disciplina del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954, 1848) se obtiene que el procedimiento que regula, calificado por el propio legislador de excepcional, solamente permite posponer, por razones de urgencia en la ejecución de la obra que justifica la expropiación, la regla del previo pago, habilitando a la Administración para ocupar el bien expropiado antes de fijar el precio de la operación y, por ello, antes de pagar. Este diseño, sin embargo, no altera la sustancia de la institución expropiatoria, que como modo de transmisión forzosa de la propiedad no escapa a las reglas generales que, en nuestro derecho civil, presiden los distintos modos de adquirir la propiedad. Cabe recordar que el artículo 1.456 dispone que la enajenación forzosa por causa de utilidad pública se rige por lo que establezcan las leyes especiales, por lo que ha de entenderse que en aquello que estas leyes no prevean, el Código común resulta plenamente aplicable, cuyas reglas se han de tomar en consideración, como ocurre en el actual caso, para determinar el momento en que se entiende producida la transmisión de la propiedad en un procedimiento expropiatorio de urgencia.

Así pues, hemos de concluir que en los procedimientos expropiatorios de urgencia la transmisión de la propiedad se produce con la ocupación de la finca, cumplidos los trámites preliminares contemplados en el repetido artículo 52 (acta previa de ocupación y hoja de depósito, fijación de indemnizaciones por rápida ocupación y pago de estas últimas).

El desenlace al que llegamos se encuentra avalado por el propio artículo 60 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, cuyo tercer párrafo dispone que en los casos de las adquisiciones producidas por el procedimiento de urgencia la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad queda en suspenso hasta que, fijado el justiprecio, se verifique su pago o se consigne, sin perjuicio de la pertinente anotación preventiva "mediante la presentación del acta previa de ocupación y el resguardo de depósito

provisional, cuya anotación se convertirá en inscripción cuando se acredite el pago o la consignación del justiprecio".

En conclusión, la transmisión de la propiedad en las expropiaciones tramitadas por el procedimiento de urgencia se produce cuando la ocupación de los bienes tiene lugar en los términos y con el cumplimiento de los requisitos expresados por el artículo 52 de la Ley sobre Expropiación Forzosa.

Por tanto, hasta tanto no se dicte, bien el acta de ocupación del bien inmueble expropiado en el procedimiento ordinario de expropiación del artículo 51 de la LEF o, bien el acta previa de ocupación de los bienes inmuebles expropiados en el caso del procedimiento de urgencia del artículo 52 de la LEF, no se produce la transmisión de la propiedad desde la persona o entidad expropiada a la persona o entidad beneficiaria de la expropiación. Es decir, la persona expropiada continúa siendo titular del derecho de propiedad del inmueble y conserva, por ello, las facultades de disposición y disfrute sobre el mismo.

SEXTO.-

Sentado lo anterior, sobre el momento en que se produce la alteración patrimonial, y ya con respecto al criterio de imputación temporal de la ganancia patrimonial representada por el abono del justiprecio, la parte demandante considera que habría de imputarse al ejercicio en el que se produjo la alteración patrimonial de ahí que no serían de aplicación las reglas especiales previstas en el artículo 14.2, letras a) y c) LIRPF (RCL 2006, 2123y RCL 2007, 458) . La consecuencia sería que al tiempo de pagarse el justiprecio fijado de mutuo acuerdo habrían transcurrido los cuatro años de prescripción del derecho de la Administración a liquidar el tributo, contados desde la finalización del periodo de declaración del ejercicio impositivo en que habría de imputarse, no sólo la alteración patrimonial, sino esa ganancia patrimonial.

Sobre esa cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de mayo de 2017 (RJ 2017/2958) dictada en un recurso de casación para la unificación de la doctrina en el que lo desestima por considerar que el criterio correcto es el que mantenía la sentencia de instancia frente al de las sentencias de contraste que se aducían.

La sentencia de instancia exponía que " por lo que se refiere a la cuestión de la imputación temporal de la renta procedente de la expropiación forzosa tramitada por el procedimiento de urgencia, o sea, el momento en que tiene que imputarse temporalmente la renta derivada de la expropiación forzosa,

la mercantil recurrente defiende la procedencia de su imputación al ejercicio en que se produjo la ocupación de la finca frente al criterio de la sentencia recurrida de considerar que el incremento patrimonial debe imputarse al ejercicio en que se fija el justiprecio.

Las sentencias de esta Sala de 4 de abril de 2011 (casaciones 4135/2009 (RJ 2011, 5749), 4458/2009 y 4641/2009 (RJ 2011, 2928)), 3 de noviembre de 2011 (casa. 4021/2010), 29 de abril de 2013 (casa 5089/2011 (RJ 2013, 3800)) y 10 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1702) (casa. 4529/2010), han sentado la doctrina de que en el procedimiento expropiatorio ordinario, según el artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954, 1848), sólo cabe ocupar la finca expropiada una vez hecho efectivo el justiprecio o consignado conforme a lo dispuesto en el artículo 50 para los casos en que el interesado rehusase percibirlo o existiese litigio o cuestión entre él y la Administración. Una vez abonado el justiprecio y ocupado el inmueble se extiende la correspondiente acta, que, en virtud del artículo 53 de la Ley citada, constituye título bastante para que en el Registro de la Propiedad y en los demás registros públicos se inscriba o se tome razón de la transmisión del dominio, cancelándose, en su caso, las cargas, los gravámenes y los derechos reales de toda clase a que estuviere afecta la cosa expropiada.

Si se trata de una expropiación forzosa por el procedimiento de urgencia (art. 32 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954, 1848)), que es el caso que nos ocupa, se permite adelantar el momento de ocupación de la finca expropiada, que debe llevarse a cabo una vez levantada el acta previa de ocupación, formuladas las hojas de depósito previo a dicha ocupación, fijadas las cifras de las indemnizaciones derivadas de los perjuicios por la rápida ocupación, efectuado el depósito y abonadas o consignadas las citadas indemnizaciones. Cumplidos tales requisitos, cabe ocupar la finca, tramitándose el expediente en sus fases de justiprecio y pago.

De la disciplina del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954, 1848) (RCL 1954, 1848) se obtiene que el procedimiento que regula, calificado por el propio legislador de excepcional, solamente permite preterir, por razones de urgencia en la ejecución de la obra que justifica la expropiación, la regla del previo pago, habilitando a la Administración para ocupar el bien expropiado antes de fijar el precio de la operación y, por ello, antes de pagar.

Así pues, hemos de concluir- decía la sentencia de 10 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1702) - que en los procedimientos expropiatorios de urgencia la transmisión de la propiedad se produce con la ocupación de la finca,

cumplidos los trámites preliminares contemplados en el repetido artículo 52 (acta previa de ocupación y hoja de depósito, fijación de indemnizaciones por rápida ocupación y pago de estas últimas).

Por tanto, teniendo en cuenta que, en el caso de autos y conforme obra en el expediente administrativo, se trata de una expropiación tramitada por el procedimiento de urgencia y en la que la ocupación de los terrenos y pago parcial del justiprecio por el Ayuntamiento de Santiago de Compostela se produjo el 23 de octubre de 2003, es a este ejercicio 2003 al que debía imputarse el incremento de patrimonio producido con la expropiación con la consecuencia de que habría prescrito el derecho de la Administración tributaria para practicar liquidación por cuanto que en la fecha en que se iniciaron por la Administración las actuaciones de comprobación con Tanatorio Boisaca S.L.- que fue el 23 de Junio de 2010- ya había prescrito efectivamente el derecho de la Administración a liquidar la deuda respecto de la cantidad de 215.282,54 euros percibidos por el Tanatorio Boisaca en 23 de octubre de 2003 a cuenta del importe que fijase el Jurado de Expropiación.

Pero en los casos en que, como sucede en el aquí analizado, la cantidad recibida inicialmente como justiprecio es objeto de recurso, cuya resolución determina que su importe se incremente, la diferencia entre el valor admitido por la Administración al tiempo de ocupar el bien expropiado y el fijado definitivamente en vía administrativa o judicial no debe imputarse fiscalmente al periodo en que se devengó el tributo sino que se entenderá devengada en el mismo ejercicio en que se dicta la resolución, administrativa o judicial, que resuelva el litigio entre la Administración expropiante y el sujeto expropiado. Así, en el caso concreto contemplado, fue el 6 de noviembre de 2006 cuando tuvo lugar la fijación definitiva del justiprecio- 434.525,08 euros- por parte del Jurado Provincial de Expropiación forzosa. El Ayuntamiento de Santiago, el 20 de octubre de 2008, acordó abonar a Tanatorio Boisaca S.L. la diferencia entre el justiprecio finalmente fijado y el importe recibido a cuenta el 23 de octubre de 2003 (215.282,54), esto es, 208.969,54, cantidad que deberá entenderse obtenida en el periodo impositivo en que sea firme la resolución que determine el importe definitivo del justiprecio, por lo que en este caso resultaba procedente incluir en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio 2006 la nueva renta generada como consecuencia del señalamiento definitivo del justiprecio. Es, pues, al ejercicio 2006 al que debe imputarse el ingreso producido. Es el momento en que la resolución se dicta el que debe tomarse como periodo al que imputar este incremento patrimonial diferido. Imputar

este incremento o ganancia obtenida en la contienda mantenida con la Administración al periodo en que se devengó el tributo equivaldría a que la Administración Tributaria se viese impedida de regularizar los incrementos patrimoniales que en estos casos, no infrecuentes ciertamente, obtuvieron los expropiados. A la Administración no podía reconocérsele el nacimiento a su favor de un derecho al cobro de lo que le correspondiese por el Impuesto sobre Sociedades sobre un incremento de patrimonio que no se operó hasta el 6 de noviembre de 2006".

A la vista de las consideraciones que hacía la sentencia de instancia recurrida en casación, y que prohija el Tribunal Supremo, éste declara que "Sin embargo, la sentencia que es objeto de recurso en el presente escrito, determina que la fecha a la que ha de imputarse la ganancia patrimonial es la fecha de notificación de la resolución del Jurado de Expropiación, que se llevó a cabo el 6 de noviembre de 2006 y que lo hizo utilizando como base la diferencia entre lo ya percibido en el momento de ocupación y lo resuelto por el Tribunal de Expropiación en la mentada resolución y pago percibido en fecha 20 de octubre de 2008". Alude y valora la circunstancia de que en el momento de la extensión del acta previa de ocupación se abonó el depósito previsto en la Ley de Expropiación Forzosa y, cuando se fijó el justiprecio se hizo obviamente por un precio mayor que el del depósito, por lo que el justiprecio así establecido es el punto de partida para el cálculo del incremento patrimonial que, en su caso se hubiera producido por la diferencia entre esa cantidad y aquella en la que se adquirió el bien expropiado. Se defiere así el momento de la determinación de la ganancia patrimonial a la fecha en que se abona el justiprecio.

SEPTIMO.-

En este punto, conviene recordar que el instituto de la prescripción, en el ámbito tributario y en relación con los derechos de la Administración Tributaria, tiene como finalidad el penalizar el transcurso de un determinado periodo de inactividad por parte de la misma, que por un inadecuado funcionamiento, deja pasar el mencionado plazo sin realizar las actuaciones de comprobación oportunas. El efecto negativo asociado al transcurso de este mencionado plazo establecido por la Ley es la pérdida de su derecho a comprobar y liquidar, con lo que se garantiza la seguridad jurídica de los obligados tributarios, que pueden tener la certeza de que, una vez transcurrido el mencionado plazo de inactividad de la Administración, sus declaraciones o autoliquidaciones no podrán ser objeto de comprobación.

Lo auténticamente relevante es la inactividad de la Administración, que se grava con la cercenación de su facultad de girar liquidación tributaria. En el presente caso tal como el relato de hechos demuestra, la Administración Tributaria no ha incurrido en esa inactividad, puesto que no podía comprobar la correcta o incorrecta declaración del incremento patrimonial puesto de manifiesto por la expropiación hasta que, una vez fijado el justiprecio, quedara determinado ese valor de transmisión para cotejarlo con el de adquisición pues en su diferencia está el hallazgo, en su caso, de ese incremento.

Con anterioridad a ese momento la Administración no podía comprobar esa circunstancia ni tampoco declararla el obligado tributario puesto que no podía ser cuantificada.

Es por ello que, más allá de la fecha en que se produjo la alteración patrimonial, lo cierto y verdad es que el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción -inactividad de la Administración Tributaria- no puede situarse en un momento temporal distinto al momento de fijación del justiprecio, momento en el que la obligada tributaria ya dispone de los datos para declarar la ganancia patrimonial, y la Administración Tributaria tiene datos para comprobar si el obligado tributario la ha declarado o no, y en el primer caso, si la ha declarado correctamente.

En el caso de autos no se produjo el abono del depósito ya que la parte expropiada renunció a su percibo. Ello implica que cuando se ocupó el bien la determinación de la ganancia patrimonial devenía imposible pues faltaba, siquiera fuese con el carácter y naturaleza del depósito previo, toda referencia a un valor que sirviera inicialmente de comparación con el valor del bien en el momento en que pasó a formar parte del patrimonio de la expropiada.

Es evidente que la cuantía del justiprecio es un componente esencial para la concreción del valor de transmisión del elemento patrimonial adquirido por expropiación forzosa, por lo que la demora en la determinación del justiprecio puede provocar en el ámbito tributario que, de no haberse producido todavía su fijación al tiempo de cumplir la obligación de declaración, el obligado tributario se vea impedido para determinar la variación de valor experimentada en su patrimonio.

Esa situación propicia que en caso de que como consecuencia de esa expropiación se produzca una ganancia patrimonial, obligaría por un lado a la expropiada a demorar de modo efectivo la tributación y a la Administración tributaria a consentir dicha demora.

En esa tesitura el contribuyente puede aplicar la regla especial de imputación correspondiente a las operaciones a plazos o con precio aplazado (artículo 14.2.d) de la LIRPF (RCL 2006, 2123y RCL 2007, 458), "En el caso de operaciones a plazos o con precio aplazado, el contribuyente podrá optar por imputar proporcionalmente las rentas obtenidas en tales operaciones, a medida que se hagan exigibles los cobros correspondientes. Se considerarán operaciones a plazos o con precio aplazado aquellas cuyo precio se perciba, total o parcialmente, mediante pagos sucesivos, siempre que el período transcurrido entre la entrega o la puesta a disposición y el vencimiento del último plazo sea superior al año", y como no hizo uso de esa opción, debió imputar su ganancia patrimonial en el ejercicio en que era exigible el justiprecio (06/02/2012) mediante una declaración complementaria del ejercicio de 2008 en el que se produjo la alteración patrimonial y para esa declaración tenía como plazo hasta el 30 de junio de 2013, fecha de finalización del plazo reglamentario correspondiente al período impositivo en que el justiprecio quedó determinado de mutuo acuerdo. Finalizado dicho plazo, nace el derecho de la Administración tributaria a liquidar y, por tanto, el inicio del cómputo del plazo de prescripción de dicho derecho y como esa declaración no la presentó, cuando el 19 de junio de 2015 se le notificó el inicio de la actuación inspectora no había prescrito el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación que se le notificó el 22 de diciembre de 2015, lo que nos hace negar la prescripción invocada y confirmar la resolución del TEARA por ser conforme a Derecho.

OCTAVO.-

A tenor de los artículos 68.2 y 139.1 de la Ley 29/1998 (RCL 1998, 1741) (RCL 1998, 1741) , reguladora de esta jurisdicción, modificado este último por Ley 37/2011 (RCL 2011, 1846) (RCL 2011, 1846) (RCL 2011, 1846) , las costas procesales se impondrán en primera o única instancia a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones en la sentencia, salvo que por el órgano judicial, razonándolo debidamente, se aprecie la eventual concurrencia de circunstancias que justifiquen la no imposición, sin que obste a ello, en su caso, la falta de solicitud expresa de condena en costas por las partes, ya que tal pronunciamiento sobre costas procesales es siempre imperativo para el fallo sin incurrir por ello en vicio de incongruencia procesal ultra petita partium (artículos 24.1 de la Constitución y 33.1 y 67.1 de la Ley 29/1998), al concernir dicha declaración judicial a cuestión de naturaleza jurídico procesal, según al propio tenor del artículo 68.2 de la Ley 29/1998 y de la ya reiterada jurisprudencia contencioso-administrativa

y constitucional sentada al respecto (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 12 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1039); y por sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 53/2007, de 12 de marzo (RTC 2007, 53) (RTC 2007, 53), y sentencia del Tribunal Constitucional 24/2010, de 27 de abril (RTC 2010, 24) (RTC 2010, 24) (RTC 2010, 24). Se recoge así el principio del vencimiento mitigado que debe conducir aquí a la no imposición de costas a la parte actora habida cuenta de que la singularidad de la cuestión debatida veda estimar que se hallare totalmente ausente en este caso iusta causa litigandi ("serias dudas de hecho o derecho"), en atención al contenido de la controversia de autos.

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

FALLO

- 1.- Desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación.
- 2.- Sin expresa condena en costas.

(St de 26 de abril de 2022. Nº 1459. Sala de Granada Ponente. Santandreu Montero)

XXII URBANISMO Y VIVIENDA.

Medio ambiente Calificación ambiental y Proyectos de Actuación. Categorías de actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental. Procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas. Nulidad de pleno derecho. Competencia. Estaciones de suministro de combustible

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Jaén estima el recurso contencioso administrativo formulado por Explotaciones Agrícolas Santerga, S.A. frente al Ayuntamiento de Santisteban del Puerto, y Sociedad Cooperativa Andaluza del Campo Virgen del Pilar, contra:

- La desestimación presunta de las peticiones deducidas en el escrito de 2/12/2016 por el que se solicitaba el cese o suspensión de la actividad de la

Estación de Suministro de Combustible para socios en la Almazara de la SCA del Campo "Virgen del Pilar",

- La Resolución de Alcaldía, de fecha 15 de Junio en la que se acuerda "Aprobar el trámite de calificación ambiental" a la Estación de Suministro de combustible para socios promovida por dicha SCA,

- Y contra la Resolución de Alcaldía, de 29 de Octubre de 2012, en las que se acuerda "Conceder ... licencia de apertura y funcionamiento" a la Estación de Suministro de combustible para socios promovida por la S.C.A. DEL CAMPO "VIRGEN DEL PILAR";

La referida sentencia declara tales resoluciones no conformes a Derecho, dejándolas sin efecto, y ordenando al Ayuntamiento de Santisteban del Puerto proceder al inmediato cese o paralización de la actividad de la Estación de Suministro de combustibles para socios, promovida por la S.C.A. DEL CAMPO "VIRGEN DEL PILAR"; todo ello con expresa imposición de costas procesales a la parte demandada y codemandada, aunque limitando los honorarios de Letrado, sin que los reclamados a cada una de las partes condenadas pueda exceder de 500 euros.

SEGUNDO.-

Basa su recurso la SCA apelante en la vulneración del principio de la buena fe, sosteniendo que la instalación de la estación de servicio para dar suministro a sus socios no constituye una actuación de interés público que requiera la tramitación de un proyecto de actuación, sino una mera instalación necesaria para el desarrollo de la actividad agrícola, siendo los principios de confianza legítima, de seguridad jurídica y buena fe principios elementales en las relaciones jurídicas entre administrados y las administraciones públicas; afirma haber destinado gran cantidad de recursos humanos y económicos a la apertura de dicha estación de suministro, por lo que una declaración de nulidad conllevaría, desde una perspectiva social, para el desarrollo rural y económico del entorno rural cercano a la cooperativa, un desgaste en la situación económica de familias completas, entendiéndose que el acto viciado de nulidad puede ser convalidado. Añade que la sentencia aplica erróneamente en la legislación ambiental y sostiene que las estaciones de servicio dedicadas a la venta de gasolinas y otros combustibles se encuentra sometida simplemente a Calificación Ambiental competencia de los ayuntamientos de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 297/95, de 19 de diciembre (LAN 1996, 3) , que aprueba el Reglamento de Calificación Ambiental, no siendo preceptiva la Autorización Ambiental Unificada emitida por la Consejería de Medio Ambiente. En su opinión, la juzgadora

de instancia ha incurrido en un error en la valoración de la prueba ya que el surtidor se ubica dentro del recinto de la almazara, no en terrenos ajenos a la misma, con la finalidad de asegurarse que suministra solo a los socios de la cooperativa, de modo que dicha actuación es compatible con el régimen correspondiente a la categoría de suelo en que se ubica, sin que en ningún caso induzca a la formación de nuevos asentamientos, y es que lo que se pretende es mejorar los servicios de los socios, y la estación de servicio es una actividad complementaria, necesaria la actividad agrícola sin la cual no es posible ejercer la agricultura como la conocemos hoy día. Por último alude al interés económico que para Explotaciones Agrícolas Santerga supone la sentencia de instancia ya que se le ha concedido un surtidor a la cooperativa que regenta.

TERCERO.-

La sentencia apelada tras exponer la normativa aplicable, dice en su fundamento jurídico segundo que:

"...tal y como se recoge en el Epígrafe 6 de la Memoria del Proyecto de instalaciones para suministro de combustibles líquidos a vehículos, visado el 13 de Abril de 2012, obrante en el Expediente Administrativo, nos encontramos con, la estación de servicio, como "una instalación complementaria a la actividad industrial", es decir, a la Almazara que se encuentra erigida en la misma parcela, de manera que se reconoce que la Estación de Suministro de combustibles para los socios es una actividad que se encuentra vinculada a la Almazara existente en la misma parcela. Puesto que el propio Proyecto de instalaciones para suministro de combustibles líquidos a vehículos, al que se ha otorgado el trámite de calificación ambiental, admite la existencia de una vinculación directa entre la Almazara y la Estación de Suministro de combustible para socios, que se ha erigido en la misma finca, en un terreno clasificado como suelo no urbanizable, resulta evidente que nos encontramos ante una modificación sustancial de la Almazara, con las consecuencias de ello derivadas.

De lo expuesto, necesariamente se ha de concluir afirmando que, a la vista de lo dispuesto en el Anexo I de la Ley 7/2007, de 9 de Julio (LAN 2007, 326), de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, la Almazara se encuentra sujeta a "Autorización Ambiental Unificada, procedimiento abreviado", regulada en el referido Decreto 356/2010, de 3 de Agosto (LAN 2010, 338), por el que se regula la autorización ambiental unificada, así como, tal y como se expone en tal regulación, compete a la Administración Autonómica el otorgamiento de la correspondiente Autorización Ambiental Unificada,

tramitada a través del procedimiento abreviado, por lo que por tanto, el Ayuntamiento de Santisteban del Puerto, y en este caso su Alcaldía, no es el órgano competente para emitir la resolución de calificación ambiental, primero porque ésta sería insuficiente, siendo necesaria la autorización ambiental unificada, siendo en consecuencia la Resolución de la Alcaldía, de 15 de Junio de 2012, ahora impugnada, incurso en un vicio de nulidad radical, tipificado en el Artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015 (RCL 2015, 1477), debiendo dejarse sin efecto."

En cuanto a la licencia de apertura y funcionamiento concedida por resolución de 29/10/12 dice en el fundamento de derecho tercero:

" ... tal y como se alude por la parte recurrente, el artículo 3.6.9 de las Normas Subsidiarias prescribe que, en suelo no urbanizable, como es éste, cualquier edificio ha de encontrarse a una "Distancia de edificación a linderos propios, de 15 m.", algo que no cumple la Estación de Suministro de combustible para socios, puesto que el Proyecto de instalaciones para suministro de combustibles líquidos a vehículos, visado el 13 de Abril de 2012, evidencia que dicha instalación se encuentra emplazada justo en el lindero de la fachada que da a la vía pecuaria de acceso a la parcela. Y por otro lado, según el Plano 11. Alzado de la Marquesina del Proyecto de instalaciones para suministro de combustibles líquidos a vehículos, visado el 13 de Abril de 2012, la altura de la marquesina Estación de suministro de combustibles asciende a 6 metros, la cual excede de la altura máxima permitida por las vigentes Normas Subsidiarias, que es de 3 metros, según el Cuadro Esquema de Normas. Y la edificabilidad máxima permitida es del 1% de la superficie de la parcela, según el Cuadro Esquema de Normas. Aunque el Proyecto de instalaciones para suministro de combustibles líquidos a vehículos, visado el 13 de Abril de 2012, omite consignar tal circunstancia, a la vista de la Consulta Descriptiva y Gráfica de Datos Catastrales del Bien Inmueble, que se adjunta como Documento Num 3 de la demanda, la finca tiene una superficie de 12.781 m², que cuenta, antes de erigirse la Estación de Suministro de combustible para socios, con una superficie construida de 1.040 m², muy superior a la permitida por las Normas Subsidiarias, con lo que resulta evidente que no es posible autorizar nuevas construcciones en dicha parcela, al no existir edificabilidad disponible.

Consecuentemente, la Resolución de la Alcaldía, de 29 de Octubre de 2012, por la que se concede la licencia de apertura y funcionamiento, no sería válida, al haber sido concedida conculcándose la normativa urbanística citada; pero es más, tal y como se desprende del expediente administrativo,

dicha licencia fue dictada sin que se haya emitido ningún informe técnico, ni tampoco jurídico, que avale la licitud del Proyecto de instalaciones para suministro de combustibles líquidos a vehículos, visado el 13 de Abril de 2012, trámites ambos que, con carácter preceptivo, exige el Artículo 172.4ª de la Ley 7/2002, de 17 de Diciembre (LAN 2002, 588y LAN 2003, 96) de Ordenación Urbanística de Andalucía ("4ª) Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y de la ordenación urbanística de aplicación, debiendo constar en el procedimiento informe técnico y jurídico sobre la adecuación del acto pretendido a dichas previsiones")

Nuevamente, por lo tanto, nos encontramos ante un supuesto de nulidad radical, tipificado en el Artículo 47.1.b) de la LPAC, por haberse dictado "prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido", que determina que tal resolución deba ser revocada y dejada sin efecto.

En consecuencia final, la Estación de suministro de combustible para socios se encuentra desprovista de la preceptiva Licencia apertura y funcionamiento, que pudiera avalar el ejercicio de su actividad, pues es nula. El ejercicio de una actividad carente de licencia y/o autorización, por encontrarse incurso ésta en vicio de nulidad radical, constituye una transgresión del ordenamiento jurídico, recayendo sobre el Ayuntamiento de Santisteban del Puerto la obligación de restaurar el orden jurídico alterado y, no resultando viable su legalización, por ubicarse en suelo no urbanizable sin contar con Proyecto de Actuación y, ello sólo puede llevarse a cabo procediendo al cierre inmediato de la Estación de Suministro de Combustible para Socios, promovida por la S.C.A. DEL CAMPO "VIRGEN DEL PILAR", tal y como se solicita por la parte recurrente."

Dicha sentencia es ajustada a Derecho, pues recoge y se basa en la sentencia dictada por esta Sala, Sección Cuarta, núm. 2818/2016, de 07 de noviembre de 2016, recaída en el recurso de apelación núm. 888/2015, que desestima el recurso de apelación formulado contra la sentencia núm. 279/2015, de 30 de junio de 2015, dictada en el procedimiento ordinario 813/2012 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Jaén, estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Santisteban del Puerto de 20 de noviembre de 2012 que desestima el recurso de reposición interpuesto por la entidad Explotaciones Agrícolas Santerga S.A. frente al proyecto para ampliación de las instalaciones con estación de suministro de combustibles para socios en la almazara de la Sociedad Cooperativa Nuestra Sra. del Collado y frente

a la licencia de apertura y funcionamiento para el ejercicio de la actividad de estación de suministro de combustible exclusivamente para socios, por entender, básicamente, que se ha omitido la tramitación de un proyecto de actuación, incurriendo en la causa de nulidad del artículo 62 e) de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246).

Esta Sala y Sección ha reiterado dichos argumentos en aras a la unidad de doctrina y seguridad jurídica en la sentencia de 17/05/2021 dictada en el recurso 423/2018, señalando que " La cuestión nuclear es si la instalación de servicio para dar suministro de combustible a los socios de la Cooperativa constituye una actuación que requiera la tramitación de un proyecto de actuación, conclusión a la que ha de llegarse si entendemos que no es una mera instalación necesaria para el desarrollo de la actividad agrícola, tal como entienden la resolución impugnada que concedía licencia de actividad y el codemandado.

Compartimos la tesis de la Sentencia apelada, y entendemos que ni el hecho de que la estación de suministro de combustibles se encuentre en el recinto de la almazara ni que sus beneficiarios sean los socios de la Cooperativa, impide alcanzar la conclusión de la Sentencia, pues no se trata de una instalación necesaria para la actividad agrícola, aún cuando lo sea al interés de los socios, sino de dar servicio a usuarios de carreteras y vehículos a un precio más competitivo - página 4 del proyecto de actuación-.

La propia codemandada trataba de justificar ampliamente el interés social de la actuación en clara referencia al artículo 42.1 y el cumplimiento de los requisitos del artículo 52.1 C LOUA.

Sin embargo la Administración demandada tras la presentación del escrito con fecha de entrada 30-1-2012 del Sr. Emilio que decía actuar en calidad de presidente de la Sociedad Cooperativa Andaluza del Collado, dictó resolución de 12 de marzo de 2012 entendiendo que la instalación de suministro de combustible era precisa para la utilización y explotación agrícola.

Es constante el tratamiento que viene otorgándose por nuestros Tribunales a dichas instalaciones, entendiéndolas en unos supuestos de interés público o social y en otras innecesarias desde dicho punto de vista (STSJA Sala de Granada de 9- 6-2014 , de Sevilla de 5-12-2013 y de 27-2-2015 , STSJ Cataluña de 28- 2-2005), pero no caso (sic, por en ningún caso) necesarias para la explotación agrícola, hecho que en absoluto acredita el codemandado, quien por el contrario como decimos, ha venido entendiendo la necesidad de proyecto de actuación conforme al artículo 52.1 LOUA que establece que

en los terrenos clasificados como suelo no urbanizable que no estén adscritos a categoría alguna de especial protección, pueden realizarse los siguientes actos:

A) Las obras o instalaciones precisas para el desarrollo de las actividades enumeradas en el art. 50. B). a), que no estén prohibidas expresamente por la legislación aplicable por razón de la materia, por los Planes de Ordenación del Territorio, por el Plan General de Ordenación Urbanística y por los Planes Especiales.

En estas categorías de suelo están prohibidas las actuaciones que comporten un riesgo previsible y significativo, directo o indirecto, de inundación, erosión o degradación del suelo.

Serán nulos de pleno derecho los actos administrativos que las autoricen, que contravengan lo dispuesto en la legislación aplicable por razón de la materia o en los planes urbanísticos.

B) Las segregaciones, edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que, estando expresamente permitidas por el Plan General de Ordenación Urbanística o Plan Especial de desarrollo, sean consecuencias de:

- a) El normal funcionamiento y desarrollo de las explotaciones agrícolas.
- b) La necesidad justificada de vivienda unifamiliar aislada, cuando esté vinculada a un destino relacionado con fines agrícolas, forestales o ganaderos
- c) La conservación, rehabilitación o reforma de edificaciones, construcciones o instalaciones existentes.
- d) Las características propias de los ámbitos del Hábitat Rural Diseminado.
- e) La ejecución y el mantenimiento de las infraestructuras y los servicios, dotaciones y equipamientos públicos.

Estos actos estarán sujetos a licencia municipal, previa aprobación, cuando se trate de actos que tengan por objeto viviendas unifamiliares aisladas, del correspondiente Proyecto de Actuación por el procedimiento prescrito en los arts. 42 y 43 de la presente Ley para las Actuaciones de Interés Público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable.

Se exceptúan de la regulación anterior, en los términos que se determinen reglamentariamente, aquellas segregaciones de naturaleza rústica cuya finalidad no sea la implantación de usos urbanísticos, y para las que se obtenga la correspondiente declaración municipal de innecesariedad de licencia.

C) Las Actuaciones de Interés Público en terrenos que tienen el régimen del suelo no urbanizable en esta Ley, previa aprobación del correspondiente Plan Especial o Proyecto de Actuación".

La naturaleza del suelo no urbanizable impone como regla general que no se puede construir, admitiendo sin embargo excepciones: La primera de ellas en relación con las construcciones características de las explotaciones agrarias, que por su adecuación al destino natural del suelo son plenamente admisibles en principio y, en segundo término, las "construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas" supuesto este último que se explica porque el interés público que determinó la obra pública podría justificar de suyo las construcciones accesorias. Y en este último supuesto podría en su caso encuadrarse la instalación que nos ocupa que no se adecúa al destino natural del suelo y cuya autorización requiere el correspondiente proyecto de actuación.

Por ello no constando la aprobación de proyecto de actuación o Plan Especial que avale los actos de construcción de la Estación de Servicio a que se refiere la licencia concedida se imponía la declaración de nulidad de dicho acto administrativo al carecer de cobertura jurídica, sin que podamos entrar ahora en valoraciones sobre si tal interés público o social concurren, pues una cosa es que nos encontremos ante un uso compatible con la clasificación del suelo y otra es que la construcción tenga la cobertura jurídica necesaria, ya que es preciso dotar a la instalación del adecuado instrumento jurídico de cobertura.

Razones todas ellas que determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada por ser ajustada a Derecho."

TERCERO. -

Trasladando los anteriores razonamientos al supuesto que nos ocupa, la pretensión de la Sociedad Cooperativa Andaluza del Campo Virgen del Pilar de construir una estación de suministro de combustibles en suelo no urbanizable, actividad que claramente no se adecúa al destino natural del suelo y no se trata de una instalación necesaria para el desarrollo de la actividad agrícola, exige un Plan Especial o Proyecto de Actuación que le dé la cobertura jurídica necesaria conforme al artículo 52.1. C) LOUA. Por tanto, las resoluciones de 15 de junio y 29 de octubre recurridas son nulas de pleno derecho, compartiendo de este modo los razonamientos de la Juzgadora de instancia.

La sentencia del juzgado aplica correctamente el derecho al supuesto litigioso, y la declaración de nulidad radical de la licencia de apertura y funcionamiento en ningún momento es discutida en el recurso de apelación, lo que imposibilita la estimación del recurso.

En cuanto a la vulneración de los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, las censuras que en el recurso de apelación se hacen a la sentencia por no hacer referencia a tales principios, no pueden ser acogidos, sobre todo cuando no cabe invocarlos para legitimar una actuación contraria a la legalidad como la que constituye objeto del presente proceso.

Por último, en cuanto al error en la valoración de la prueba, no se invoca precepto alguno que haya sido vulnerado, siendo reiterada la jurisprudencia según la cual no cabe sustituir la apreciación probatoria del tribunal a quo por las solas valoraciones discrepantes de la parte, lógicamente interesadas, y en este sentido se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1988.

CUARTO. -

Se imponen las costas a la apelante de conformidad con el artículo 139 de la LJCA (RCL 1998, 1741) sin que los honorarios de letrado puedan exceder de 1000 € atendida la complejidad de la cuestión litigiosa y el trabajo desarrollado por las defensas de las partes.

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

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la **SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA DEL CAMPO VIRGEN DEL PILAR** contra la sentencia núm. 79/2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de los de Jaén, dictada el 23/04/2020 en el procedimiento ordinario núm. 415/2017, que se confirma por ser ajustada a Derecho, con costas a la apelante, sin que los honorarios de letrado puedan exceder de 1000 €.

(ST de 20 de junio de 2022. N.º. 2583 Sala de Granada. Ponente Herrera Fiestas).