

(Sentencia extraída de www.poderjudicial.es)

SENTENCIA de 23 DE NOVIEMBRE DE 2004 DE LA SALA 3ª DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fecha de Resolución: 23/11/2004

Nº de Recurso: 4371/2001

NPonente: Pedro José Yagüe Gil

El Art. 78.1 RD 849/1986 de 11 Abr. (Reglamento del dominio público hidráulico) establece que "para realizar cualquier tipo de construcción en zona de policía de cauces se exigirá la autorización previa del organismo de cuenca, a menos que el correspondiente plan de ordenación urbana, otras figuras de ordenamiento urbanístico o planes de obras de la administración hubieran sido informados por el organismo de cuenca y hubiera recogido las oportunas precisiones formuladas al efecto". Dicho precepto se refiere a la zona de policía y no a la zona de servidumbre de uso público. La obra se realizó en zona de servidumbre de uso público, y no en simple zona de policía, y en consecuencia era necesaria autorización de la administración hidrográfica, según el Art. 7.2 RD 849/1986, no pudiendo ser suplida ésta por lo que el plan general de ordenación urbana dijera, ya que el Art. 78.1 RD 849/1986 no resultaba aplicable.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Noviembre de dos mil cuatro

SENTENCIA

Visto el recurso de casación nº 4371/01, interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración General del Estado, contra la sentencia dictada en fecha 30 de Noviembre de 2000, y en su recurso nº 3067/95, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), sobre imposición de multa por infracción de la Ley de Aguas e imposición de la obligación de dejar expedita la zona de servidumbre, siendo parte recurrida la entidad "Construcciones Francisco Olea S.A.", representada por el Procurador Sr. Calleja García. Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) dictó sentencia estimando el recurso. Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de la Administración General del Estado se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 5 de Febrero de 2001; al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

SEGUNDO.- Emplazadas las partes, el recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 6 de Septiembre de 2001, el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó se declarara haber lugar al recurso, casando la sentencia recurrida y dictando otra por la que se desestime el recurso contencioso administrativo.

TERCERO.- El recurso de casación fue admitido por auto de fecha 18 de Diciembre de 2003, en la cual se ordenó también entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la entidad "Construcciones Francisco Olea S.A.") a fin de que en plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que hizo en escrito presentado en fecha 4 de Mayo de 2004 , en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación y confirmando la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

CUARTO.- Por providencia de fecha 8 de Octubre de 2004, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 16 de Noviembre de 2004 , en que tuvo lugar.

QUINTO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales. Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. PEDRO JOSÉ YAGÜE GIL, .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) dictó en fecha 30 de noviembre de 2000, y en su recurso contencioso administrativo nº 3067/95, por medio de la cual se estimó el formulado por Construcciones Francisco Olea S.A. contra la resolución del Sr. Presidente de la Confederación Hidrográfica del Sur de fecha 23 de marzo de 1995 que le impuso [al amparo del artículo 108 d) de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985] una multa de 500.000 pesetas y la obligación de restituir la margen izquierda del arroyo Benagalbón a su estado primitivo al menos en la zona de los cinco metros contiguos al muro, en el puente CN-340 y término de Rincón de la Victoria, pues la construcción llevada a cabo por la mercantil recurrente había invadido la zona de servidumbre sin la autorización oportuna, lo que infringía el artículo 69 de la citada Ley de Aguas.

SEGUNDO.- La parte actora impugnó esa resolución en vía contencioso administrativa, alegando, como argumentos impugnatorios, primero, que las obras se encuentran ejecutadas al amparo de la licencia municipal otorgada de acuerdo con las previsiones del Plan General y que, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Aguas, es de suponer que la Administración Hidrográfica ha tenido conocimiento de las previsiones de aquél y no las ha objetado; segundo, que según el Plan General, la zona de servidumbre y de policía ha quedado constituida sobre una zona de dominio público clasificada urbanísticamente como sistema general de espacios libres (zona verde) y, en todo caso, el artículo 78 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico da preferencia a las separaciones que prevea el Plan General de Ordenación Urbana; tercero, que la acción sancionadora estaba prescrita por el transcurso de dos meses, y, cuarto y último, que la resolución sancionadora no resolvía todas las cuestiones.

Entre los hechos de la demanda (y concretamente en el sexto) recogía la parte recurrente un informe del Sr. Ingeniero Encargado de la Confederación Hidrográfica del Sur, de fecha 17 de mayo de 1995, en el que proponía se dejara sin efecto la resolución sancionadora, por no ser la entidad sancionada ni la propietaria ni la beneficiaria de las viviendas, sino una mera Constructora por cuenta de la Cooperativa D. José Salamanca, y se remitía la para a su escrito de 4 de mayo de 1995 recordando como allí insistía «en que la Promotora era la que tenía que haber sido expedientada pero no la Constructora que sigue las determinaciones de un contrato y de la Dirección Facultativa».

TERCERO.- La Sala de instancia estimó el recurso contencioso administrativo y anuló la resolución impugnada.

Después de declarar probados determinados hechos, el Tribunal rechazó los argumentos de la prescripción de la infracción y de la no resolución por el acto impugnado de las cuestiones planteadas, y, enfrentándose al fondo del asunto, razonó (en apoyo de la estimación del recurso) que el Plan General de Ordenación Urbana califica como zona verde el terreno lindante por el Este con la parcela promovida por la Cooperativa Andaluza «Don José de Salamanca» que hará perfectamente cumplir los fines a las zonas de servidumbre y de policía; que el mismo Plan General prevé el embocamiento del Arroyo de Benagalbón y que, por ello, debe presumirse que el Plan fue informado por la Administración hidrográfica o, en todo caso, que ésta pudo conocerlo cuando estuvo en fase de información pública o cuando finalmente se publicó, y que, en consecuencia, según la salvedad que contiene el artículo 78 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico 849/86, de 14 de abril, no era exigible la autorización de la Confederación.

Ésta es, en síntesis, la razón en que la Sala de Málaga fundó la estimación del recurso contencioso administrativo.

CUARTO.- El Sr. Abogado del Estado ha formulado recurso de casación contra esa sentencia, alegando dos motivos de impugnación, que hemos de estudiar seguidamente.

QUINTO.- En el primero se alega la infracción de los artículos 6 a), 69.1 y 108 d) de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1988, así como de los artículos 70.1, 78.1 y 316 d) de su Reglamento 849/86, de 11 de abril.

De esta profusa cita de preceptos la más relevante es la del artículo 78.1 del Reglamento, que es el precepto en que, como vimos, la Sala de instancia apoya su decisión, siendo los demás simplemente derivados. Este precepto dispone lo siguiente:

«Para realizar cualquier tipo de construcción en zona de policía de cauces se exigirá la autorización previa del Organismo de cuenca, a menos que el correspondiente Plan de Ordenación Urbana, otras figuras de ordenamiento urbanístico o planes de obras de la Administración hubieran sido informados por el Ordenamiento de cuenca y hubiera recogido las oportunas precisiones formuladas al efecto.»

SEXTO.- Este motivo debe ser estimado.

A) Para empezar, el artículo 78.1 del Reglamento 849/86, de 11 de abril se refiere a la zona de policía y no a la zona de servidumbre de uso público (5 metros de anchura, según el artículo 6 de la Ley y del propio Reglamento). En el caso de autos nos encontramos en la zona de servidumbre, pues así se deduce del informe de la Guardería Fluvial de fecha 25 de noviembre de 1994, que dice que «entre el muro antiguo existente en la margen izquierda de este arroyo y las viviendas existe aproximadamente unos 2 metros de distancia», lo que lleva a la Administración a ordenar, en la resolución recurrida, «que se restituya la margen a su estado primitivo al menos en la zona de los 5 metros contiguos al muro».

Así que sobre esto no hay ninguna duda: la obra se realizó en zona de servidumbre de uso público (y no en simple zona de policía) y en consecuencia era necesaria autorización de la Administración Hidrográfica, según el artículo 7.2 del Reglamento, no pudiendo ser suplida ésta por lo que el Plan General de Ordenación Urbana dijera, ya que el artículo 78.1 del Reglamento no resultaba aplicable.

Sólo por esta razón la sentencia debe ser revocada.

B) Hay también, sin embargo, una razón más, y es ésta: que aun en el supuesto de que se concluyera que el artículo 78.1 del Reglamento es aplicable, de ninguna manera se puede afirmar que se dan en este caso los requisitos para que la autorización no sea exigible.

En efecto. En primer lugar, para que la excepción del precepto fuera aplicable sería necesario que el Plan hubiera recogido «las oportunas previsiones formuladas al efecto» (se entiende, formuladas por la Administración Hidrográfica), es decir, se trata de casos en que ésta ha dado ya su visto bueno a una determinación concreta del Plan y en que incluso el Plan ha recogido las previsiones formuladas por la Administración Hidrográfica, caso en el que, como puede comprenderse, carece de sentido que se exija una posterior autorización.

Pero esto es algo muy distinto a concluir que, en general, no se exige autorización de la Administración de Aguas para ninguna obra por el mero hecho de que el Organismo de cuenca haya informado un Plan de Urbanismo. No es ese dato el que exime de la autorización (aunque la previa intervención genérica de la Administración pueda quizá tener otros efectos) sino el de que el Plan haya recogido las previsiones impuestas por el Organismo de cuenca.

Y en segundo lugar, aunque las cosas no fueran así, no se puede imponer a la Administración del Estado la carga de probar que ella no ha informado el Plan General, sino que, como acto positivo, es la parte que afirma lo contrario la que tiene la carga de probar, con certificaciones sobre la ocasión y fecha, cuándo y en qué condiciones el Organismo de cuenca informó el Plan General.

Y, desde luego, a la Administración del Estado, que tiene competencias específicas en materia de dominio público hidráulico, no se le puede remitir a periodos de información pública o al conocimiento general derivado de la publicación del Plan, sino a un trámite específico que se entienda con ella.

SÉPTIMO.- Declararemos, pues, haber lugar al recurso de casación y revocaremos la sentencia impugnada, con la consecuencia de que habremos de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate (artículo 95.2 de la Ley 29/98).

OCTAVO.- El recurso contencioso administrativo debe ser desestimado, al no ser atendibles los argumentos impugnatorios que la mercantil actora esgrimió en su demanda. Y así:

1. Los argumentos referentes a la prescripción de la infracción y a la no resolución por el acto impugnado de todas las cuestiones planteadas, no son atendibles por las mismas razones que expone la Sala de instancia, que este Tribunal Supremo hace suyas (fundamentos de Derecho tercero y cuarto de la sentencia recurrida).

2. El argumento referente a la no necesidad de autorización en virtud de lo establecido en el artículo 78 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, tampoco puede ser atendido, por las razones que más arriba hemos expuesto.

3. Y, en fin, el atinente a ser la mercantil sancionada sólo una constructora que obra por cuenta de la Cooperativa «Don José de Salamanca», que sería la única legitimada para soportar la sanción y la obligación de reposición de las cosas a su ser originario, tampoco puede ser aceptado, ya que, con independencia de las relaciones entre particulares, la Administración cumple entendiéndose con quien realiza las obras y no puede imponérsele la obligación de examinar y juzgar las relaciones obligacionales privadas.

NOVENO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en sus costas (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/98), ni existen razones que aconsejen hacerla respecto de las de instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar al presente recurso de casación nº 4371/01 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) en fecha 30 de noviembre de 2000 y en su recurso contencioso administrativo nº 3067/95, y en consecuencia:

1º. Revocamos dicha sentencia.

2º. Desestimamos el recurso contencioso administrativo nº 3067/95 interpuesto por Construcciones Francisco Olea S.A. contra la resolución del Sr. Presidente de la Confederación Hidrográfica del Sur de fecha 31 de marzo de 1995 que le impuso [al amparo del artículo 108 d) de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985] una multa de 500.000 pesetas y la obligación de restituir la margen izquierda del arroyo Benagalbón a su estado primitivo al menos en la zona de los cinco metros contiguos al muro, en el puente CN-340 y término de Rincón de la Victoria.

3º. No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las del presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.