



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

RECIBIDO:27-01-15  
NOTIFICADO:28-01-15

**T. S. X. GALICIA CON/AD SEC.2  
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00002/2015

**Procedimiento Ordinario N° 4723/2012**



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

**EN NOMBRE DEL REY**

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

**SENTENCIA**

**ILMOS. SRES.**

**D. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA - PTE.**

**D<sup>a</sup>. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ**

**D<sup>a</sup>. MARTA GARCÍA PÉREZ**

En la ciudad de A Coruña, a ocho de enero de dos mil quince.

En el recurso contencioso-administrativo n° 4723/2012 que pende de resolución en esta Sala, interpuesto por la **Asociación para a defensa ecolóxica de Galiza (ADEGA)**, representada por D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Irene Cabrera Rodríguez y dirigida por D. Rafael Rossi Izquierdo. Es parte demandada la **Confederación Hidrográfica del Miño-Sil**, representada y defendida por el Abogado del Estado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Declarada por Auto de 3 de julio de 2012 la incompetencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo n° 1 de Ourense para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto por ADEGA en el seno del P.O. 159/2012, son elevadas las actuaciones a esta Sala, ante la que se impugna por ADEGA la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil de 25 de febrero de 2012, por la que se acuerda no incoar procedimiento sancionador respecto de la denuncia realizada por la Asociación demandante en relación a la realización de rellenos en zonas húmedas y pérdida de caudal relativa al río San Salvador (río Rato).



**SEGUNDO:** El 13 de diciembre de 2012 se presenta escrito de demanda, interesando en el suplico que se dicte Sentencia por la que se estime la misma acordando "a) Anular la resolución impugnada; b) Condenar a la Administración demandada a incoar el oportuno expediente sancionador o de cualquier índole a que hubiera lugar respecto de los hechos denunciados por mi mandante, y a su resolución en el plazo legal oportuno, de conformidad a lo expuesto en el fundamento de derecho VII; c) Imponga las costas a la Administración demandada.

**TERCERO:** Admitida a tramite la demanda, se da traslado a la demandada para que conteste a la misma en el plazo de 20 días. El 3 de abril de 2013 se entrega escrito de contestación a la demanda interesando en el suplico que se declare la desestimación de la misma.

**CUARTO:** Mediante Auto de 12 de abril de 2013 se acuerda recibir el recurso a prueba y se fija la cuantía del recurso como indeterminada.

**QUINTO:** Concedido plazo para presentar conclusiones, el 10 de junio de 2013 se hace entrega en este Tribunal del escrito de conclusiones de la parte demandante, cuyo traslado a la parte demandada se ordena mediante providencia de 12 de junio de 2013, entregándose por ésta última su escrito de conclusiones el 19 de julio de 2013. En dicho escrito, el Abogado del Estado pone en conocimiento de la parte demandante y de esta Sala la realización de diversas actuaciones con posterioridad a la Resolución impugnada que pueden provocar la parcial satisfacción extraprocesal de la pretensión, por lo que solicita que se admita la documentación justificativa que se adjunta al escrito. Concedido un plazo de cinco días a la parte actora para pronunciarse sobre la documentación aportada, no presenta alegaciones.

**SEXTO:** Por providencia de 11 de diciembre de 2014 se señala el día 18 de diciembre de 2014 para votación y fallo.

**SÉPTIMO:** En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente la Magistrada D<sup>a</sup> MARTA GARCÍA PÉREZ.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** La "Asociación para a defensa ecolóxica de Galiza" (ADEGA) presentó denuncia ante la Confederación Hidrográfica Miño-Sil el 23 de julio de 2010, poniendo de manifiesto distintas agresiones en un tramo del río San Salvador (más conocido como río Rato) consistentes en la realización de rellenos en zonas húmedas en la parte alta del río y pérdidas



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

de caudal en el tramo del río situado entre el nuevo Polígono de As Gándaras y el Parque de Paradai, en el término municipal de Lugo.

La Confederación Hidrográfica cursó la denuncia y solicitó un informe a la Guardia Fluvial, que sirvió de base para acordar "no incoar procedimiento sancionador, con archivo de las actuaciones". La Resolución señala que "el informe emitido por los Servicios Técnicos pone de manifiesto que los rellenos están fuera de la zona de policía del río San Salvador. No existe un cauce de dominio público hidráulico en las inmediaciones del relleno denunciado. No se aprecia la existencia de infracción administrativa a la vigente legislación de aguas. Estos hechos están siendo objeto de un expediente sancionador por parte de este Organismo de Cuenca (...). El antiguo colector de saneamiento municipal es responsabilidad del Ayuntamiento, el cual debe proceder a subsanar las deficiencias existentes y clausurar dicho colector para evitar las fugas de caudal por el mismo. No se aprecian hechos susceptibles de infracción. Si una pequeña parte del caudal se escapa, parece debido a causas naturales al erosionarse el terreno de la ribera y no a una actuación intencionada".

En su escrito de demanda, ADEGA sostiene que el referido informe adolece de evidentes y manifiestos errores, y apoya su fundamentación en un informe pericial elaborado por D. Jorge Salgado Cortizas y ratificado en la fase de prueba.

El Abogado del Estado se limita a sostener en su contestación a la demanda que la resolución está sucintamente motivada conforme a las exigencias del artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. Y recuerda la doctrina jurisprudencial conforme a la cual el denunciante carece de potestad para determinar la sanción que ha de imponerse y si hubo o no infracción, habida cuenta de que son todas ellas cuestiones sobre las que, con sujeción plena a la Ley y al Derecho, pero sin renunciar a su libertad estimativa, corresponde pronunciarse a la Administración y, posteriormente, en su caso al orden judicial.

En el trámite de conclusiones, el Abogado del Estado da cuenta al Tribunal de la realización de ciertas acciones por parte de la Confederación Hidrográfica que dejan en parte sin objeto el pleito, por satisfacción extraprocesal de la pretensión. Y aporta nuevos documentos, de fechas posteriores a los escritos de demanda y contestación para acreditar las acciones emprendidas.

**SEGUNDO:** Con carácter general, y sin perjuicio de precisar más adelante el alcance de lo que ahora se señalará, es necesario



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

afirmar que la Administración no goza de potestad discrecional para la incoación de los expedientes sancionadores, como podría deducirse de la referencia realizada por el Abogado del Estado a la "libertad estimativa" de la Administración competente para incoar el procedimiento. El ejercicio de la potestad sancionadora debe ejercitarse desde luego cuando conste la comisión de una infracción y, además, cuando de las investigaciones previas resulte la posibilidad de que se haya cometido. Si, además, esta potestad sancionadora recae sobre bienes de dominio público, el ejercicio de la potestad se torna si cabe más inexcusable por la especial diligencia que su titular debe mostrar en su conservación y por el régimen jurídico exorbitante que para esos bienes establece el ordenamiento jurídico. De ahí que el Tribunal Supremo haya señalado que el ejercicio de la potestad defensora de los bienes de dominio público por parte de la titular de los mismos, no está a merced de un criterio de discrecionalidad por parte de ella, pues si hay algo que esté sometido a principios de derecho imperativo y necesario, ese algo, de forma muy destacada, es el relacionado con el status de esta clase de bienes (STS de 23 de abril de 2001); o que la iniciación y persecución de los mismos [hechos constitutivos de infracción] no es potestativo para las autoridades y funcionarios encargados de promover el castigo de las infracciones (STS de 2 de junio de 1980).

**TERCERO:** La denuncia presentada por ADEGA, referida genéricamente a pérdidas de caudal y rellenos y vertidos en las márgenes del río San Salvador, aparece en los autos desarrollada extensamente a través de un informe pericial aportado por la Asociación que desvirtúa el Informe de la Guardia Fluvial en el que se basó la Confederación Hidrográfica para archivar las actuaciones. En el acto de ratificación del referido informe ante la Sala, el experto atribuyó los graves errores y omisiones del Informe de la Guardia Fluvial a su actividad de mera inspección visual, sin otras comprobaciones, que llevaron a la conclusión de que no existían ríos en la zona afectada por la denuncia. Y declaró que en la cartografía más reciente elaborada por la Confederación Miño-Sil sobre la zona, remitido recientemente al Ayuntamiento de Lugo con ocasión de la tramitación del PGOM de esa localidad, refleja los tramos del río Rato a los que se refiere el proceso judicial y que coinciden con los grafiados en su informe.

Que esa rectificación se ha producido consta en los autos, si bien a través de documentación nueva presentada por el Abogado del Estado en el trámite de conclusiones, en el que se declara que la pretensión ha sido satisfecha extraprocesalmente. Así, la Administración Hidráulica informa y acredita documentalmente que se ha incoado expediente sancionador en unos casos (que ya han llegado al punto de imponer la correspondiente sanción en algunos de ellos y en otros el



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

procedimiento se halla en tramitación) y anuncia el ejercicio de posibles acciones en otros casos.

Debemos, pues, analizar la denuncia presentada por ADEGA, la justificación dada por la Confederación Hidrográfica para no incoar el procedimiento sancionador y, en último caso, las acciones emprendidas por la Administración a fin de determinar si existen datos que permitan afirmar que ha existido una inactividad de la Administración contraria a derecho al no incoar el referido procedimiento.

- En primer lugar, y en relación con el hecho denunciado consistente en "Vertidos de tierra en zonas húmedas en uno de los afluentes del río, al lado de la fábrica de alquitrán de O Ceao":

Pese a la inactividad inicial de la Administración, el Abogado del Estado declara en su escrito de conclusiones que se ha abierto un expediente sancionador (S/27/0146/11) al estar la parcela 22 dentro de la zona de policía del cauce. Con esta acción, la Administración se desdice del contenido de la Resolución impugnada y, muy en particular, de la declaración contenida en el Informe que le sirvió de motivación, que recogía que los rellenos estaban fuera de la zona de policía del río San Salvador. Efectivamente, obra en los autos la Resolución del expediente sancionador a que se hace referencia (S/27/0146/11), incoado por los hechos de "desbroce, retirada de maleza y relleno, sin contar con la preceptiva autorización administrativa de este organismo de cuenca, en una finca en zona de policía del río Rato, situada en el Polígono industrial do Ceao". Es decir, ha habido una solución extraprocesal del pleito respecto a la incoación del procedimiento sancionador en la parcela de referencia.

El Abogado del estado reconoce, además, que podrían abrirse los correspondientes expedientes sancionadores relativos a rellenos de las parcelas 72, 73 y 293 de la zona de policía, para lo que se tendrán que realizar las oportunas comprobaciones. En este caso, y reconocido el error del Informe de la Guardería Fluvial respecto a la inexistencia de dominio público afectado, deberán culminarse las actividades de comprobación anunciadas respecto a estas parcelas procediendo a incoar, en su caso, el correspondiente expediente sancionador, todo lo cual deberá realizarse dentro de los plazos establecidos en la normativa reguladora del dominio público sin dilación.

- En segundo lugar, y en referencia a la denuncia de "Rellenos de tierra y vertidos incontrolados al lado del puente de la vía del tren":

El Abogado del Estado reconoce que se trata de vertido de escombros situado a 50 metros del cauce, por tanto dentro de



la zona de policía. Pese a ello, se declara que no ha sido posible identificar al responsable, por lo que no concurren los requisitos necesarios para proceder a la apertura de expediente sancionador.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Debemos estar de acuerdo con la Administración. La incoación del procedimiento exige, cuando mínimo, la existencia de una persona presuntamente responsable contra la que dirigir la acción por lo que, en tanto esta no sea identificada, no puede condenarse a la Administración a incoar un procedimiento sancionador. Pero ello no justifica la inactividad de la Administración, que deberá continuar las actuaciones de investigación que resulten necesarias para identificar a quien realizó las acciones perseguibles, incoando en ese momento el correspondiente expediente sancionador.

- En tercer lugar, respecto a la acción descrita como "Rellenos en zonas húmedas del río, en Garaballa de Arriba, cerca de Rúa Tomelo":

La Administración mantiene, como ya había hecho en la Resolución impugnada, que no existe cauce de dominio público hidráulico en las inmediaciones del relleno denunciado, a la vista de lo dispuesto en los arts. 4.1, 5.1 y 16.1 del Reglamento del dominio público hidráulico.

Las genéricas afirmaciones contrastan, sin embargo, con el detalle del informe pericial aportado a los autos, en el que se expresa taxativamente se trata de zona de policía fluvial y acreditándolo con fotografías aéreas y planimetría actualizada. La respuesta de la Administración es insuficiente y excesivamente genérica, por lo que deberá seguirse para este supuesto el mismo curso de actuaciones llevado a cabo respecto a las anteriores.

- En cuarto lugar, en referencia a los "Rellenos de tierras debidos a las obras del Polígono de As Gándaras en las charcas cercanas al río":

Se señala que estos hechos ya han sido objeto de expediente sancionador S/27/0057/10. Efectivamente, se aporta la resolución, en la que figuran como hechos los siguientes: "rellenos en zona de policía del Arroyo El Salvador (denominado coloquialmente río Rato) en su margen izquierda, sin autorización administrativa de este Organismos de Cuenca, en el parque empresarial de As Gándaras, lugar y parroquia de Garabolos" en el término municipal de Lugo". Puede darse por satisfecha la pretensión en este punto.

- En quinto lugar, en relación con la "Pérdida de caudal del río por el colector viejo, en el puente de la vía del tren":



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

El Abogado del Estado anuncia la incoación del correspondiente expediente sancionador porque se ha comprobado en la visita técnica que se producen efectivamente pérdidas que debe subsanar el Ayuntamiento de Lugo. Sin embargo, el mero anuncio no basta, por lo que condenaremos a la Administración a incoar el procedimiento.

- Por último, y con relación a la "Pérdida de caudal por el colector viejo en la calle Catón y Xoán Diego, próximo al parque Paradai":

Se señala que se ha abierto expediente sancionador al Ayuntamiento de Lugo como responsable del estado de la infraestructura (S/27/0171/11). Así es, y consta copia de la resolución sancionadora, dándose por satisfecha en este punto también la pretensión.

**CUARTO:** Por todo lo expuesto, el recurso debe ser estimado parcialmente. Constando que se ha producido la pérdida del objeto respecto a una parte de la pretensión, procede declarar contraria a derecho la Resolución impugnada y condenar a incoar el correspondiente expediente sancionador en los casos en que así se ha señalado en el fundamento jurídico tercero de la presente sentencia. Sin que proceda la imposición de costas al amparo de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

**VISTOS** los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS**

Que debemos estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ADEGA contra la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil de 25 de febrero de 2012, por la que se acuerda no incoar procedimiento sancionador respecto de la denuncia realizada por la Asociación demandante en relación a la realización de rellenos en zonas húmedas y pérdida de caudal relativa al río San Salvador (río Rato). Declaramos que dicha Resolución es contraria a derecho y la anulamos, condenando a la Administración a incoar procedimiento sancionador o a proseguir las actuaciones de investigación a efectos de determinar el responsable de las conductas infractoras cuando no conste, todo ello en los términos recogidos en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia. Sin imposición de costas.

Esta sentencia es susceptible del recurso ordinario de casación a que se refiere el artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de diez días .



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Firme que sea la presente, devuélvase el expediente administrativo a la oficina de su procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente DÑA. MARTA GARCÍA PÉREZ al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, de lo que yo, Secretaria, certifico.