



Roj: **STSJ ICAN 55/2013 - ECLI:ES:Tsjican:2013:55**

Id Cendoj: **38038330012013100054**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **08/01/2013**

Nº de Recurso: **412/2005**

Nº de Resolución: **11/2013**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ADRIANA FABIOLA MARTIN CACERES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

Presidente

D. PEDRO MANUEL HERNANDEZ CORDOBES

Magistrados

D<sup>a</sup>. MARIA DEL PILAR ALONSO SOTORRIO

D<sup>a</sup>. ADRIANA FABIOLA MARTIN CACERES (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 8 de enero de 2013.

Visto por este Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera con sede en Santa Cruz de Tenerife, integrada por los Sres. Magistrados, anotados al margen, el recurso Contencioso-Administrativo número 0000412/2005, interpuesto por la entidad HERMANOS MORALES MARTIN SL, representado la Procuradora de los Tribunales Dña. MARIA MONTSERRAT PADRON GARCIA y dirigida por el Abogado D. Desconocido, contra CONSEJERIA DE INFRAESTRUCTURAS TRANSPORTES Y VIVIENDAS, habiendo comparecido, en su representación y defensa la letrada de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, siendo codemandadas la Comunidad de Aguas las Fuentes de Güimar, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Eugenia Beltrán Gutiérrez y dirigida por D. José Ramos González y el Consejo Insular de Aguas de Tenerife, representado y dirigido por la letrada del Cabildo Insular de Tenerife, versando sobre Sanciones administrativas. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. ADRIANA FABIOLA MARTIN CACERES, se ha dictado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por acuerdo del Gobierno de Canarias de fecha 21 de octubre de 2005 se aprobó el Decreto 200/2005 de 18 de octubre por el que se desestimó el recurso de reposición presentado por HERMANOS MORALES MARTIN, S.L. contra el Decreto 46/2005 de 29 de marzo por el que se resolvió el expediente sancionador nº 3.482-DEN instruido por el Consejo Insular de Aguas de Tenerife contra dicha entidad por la comisión de una infracción muy grave a la Ley Territorial 12/1990 de 26 de julio, de Aguas con imposición de sanción por importe de 60.101,22.

SEGUNDO.- Por la representación de la parte demandante, antes mencionada, se interpuso recurso contencioso-administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, declare la caducidad del expediente administrativo, o bien su nulidad, o bien la improcedencia de la sanción impuesta.

TERCERO.- La Administración autonómica demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella e interesando una sentencia por la que se desestime el recurso por ajustarse a Derecho el acto impugnado. El Cabildo Insular de Tenerife contestó a la demanda interesando el dictado de una sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso con imposición de costas al demandado. La Comunidad de Aguas Las



Fuentes de Güimar solicitó se dicte sentencia por la que se desestime la demanda por ajustarse a Derecho el acto impugnado, con imposición de costas a la actora.

CUARTO.- Practicada la prueba propuesta, se acordó el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes y señalado el día y hora para la votación y fallo, tuvo lugar la reunión de Tribunal en el designado al efecto.

QUINTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación.

Vistos los preceptos legales citados por las partes y los que son de general aplicación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso determinar la conformidad a Derecho del Decreto 200/2005, del Gobierno de Canarias por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto 46/2005 de 29 de marzo recaído en expediente sancionador en el que se imputó a la ahora demandante la comisión de una infracción muy grave prevista en el artículo 124 a) de la ley 12/1990 de Aguas, consistente en la extracción de áridos del Barranco de Badajoz, sito en el término municipal de Güimar, sin la preceptiva autorización previa, modificándose como consecuencia de dicha extracción las características hidráulicas y las condiciones de contorno del citado barranco.

SEGUNDO.- Sustenta la actora su demanda en los siguientes motivos:

1º Nulidad plena y radical derivada de la caducidad del expediente por transcurso del plazo de un año: El expediente sancionador se inició el 30 de marzo de 2004 y se notificó su resolución en fecha 1 de abril de 2005, fecha del segundo intento de notificación con el que concluye el proceso de dicha notificación. No tiene validez, a su juicio, el intento de notificación realizado en fecha 30 de marzo de 2005, como tácitamente viene a reconocer la Administración, pues de otro modo no hubiera efectuado el segundo intento el 1 de abril.

2º Nulidad plena y radical por infracción del artículo 84 de la Ley 30/1992 y del Decreto 276/1993 de 8 de octubre del Reglamento sancionador en materia de aguas, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo cual ha ocurrido porque de las tres propuestas de resolución diferentes que se emitieron en el expediente, sólo de una de ellas se dio traslado a la actora, de modo que la que llegó finalmente al Gobierno de Canarias y sirvió de base para la adopción de acuerdo sancionador, aduce, no es la misma que la notificada a la actora y sobre la que en su momento formuló alegaciones, lo que supone la vulneración del mencionado artículo 84 de la Ley 30/1992 en lo referido a la exigencia del trámite de audiencia.

3º Nulidad plena y radical por infracción del artículo 44.2 de la Ley 30/1992 relativo a la caducidad y archivo de los expedientes: El acuerdo sancionador se ha dictado en un expediente que se mantuvo sin archivar tras una primera declaración de caducidad. De acuerdo con lo establecido el citado artículo debió la Administración demandada proceder al archivo de las actuaciones antes de iniciar uno nuevo, al que además ha dado el mismo número que el anterior expediente caducado.

4º Nulidad plena y radical por haberse emitido el acto por órgano manifiestamente incompetente, pues con arreglo al artículo 2.3 de Decreto 276/1993, el órgano competente para declarar la caducidad del expediente y consecuentemente dictar la Resolución de 30 de marzo de 2004 por la que se inició el expediente sancionador es el Gobierno de Canarias, y no el Consejo Insular de Aguas, órgano que es competente para iniciar el expediente, pero no para declarar la caducidad del anterior, como así hizo.

5º En la zona donde se han desarrollado los trabajos de extracción de áridos no hay ningún cauce público, y no existe ningún documento que así lo acredite, añadiéndose por la actora que solicitó a la Administración los citados documentos para poder situar el cauce sin que le hayan sido facilitados los mismos, no pudiendo considerarse válido a tales efectos el borrador de catálogo de cauces públicos en el que el barranco de Badajoz aparece inventariado como cauce de titularidad pública, pues se trata de un borrador que no está aprobado definitivamente. Por definición legal, precisa, son cauces públicos los barrancos que se prolongan desde cualquier divisoria de cuenca hasta el mar sin solución de continuidad, pero dentro del expediente no existe ni un solo documento gráfico que acredite la existencia de dicho cauce y/o lo sitúe, siendo la Administración la que ha de acreditar su existencia y carácter público, como ha venido declarando el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en los pronunciamientos que cita. Se trata este de un motivo, explica, que no fue alegado durante la tramitación del expediente administrativo e incluso erróneamente admitido, entre otras cosas porque no sólo el cauce es lo que se denomina Barranco de Badajoz, sino también toda la zona, y al decir el CIAT que se habían realizado trabajos en el Barranco de Badajoz, se interpretó como los trabajos realizados en la cantera. A medida que se avanzaba en el expediente fue la demandante obteniendo más información que le generó dudas más que razonables sobre la existencia del supuesto cauce y su ubicación. Se añade que fue la propia



Administración la que ha venido señalando el trazado del cauce y la ubicación del mismo por fuera de los límites de la cantera y en el margen sur, en sus propios documentos, aunque ahora trate de rectificarlo.

6º El Barranco de Badajoz se sitúa más allá de los límites de la cantera, tal como, según la actora, se acredita en varios documentos. Así consta en el plano que en su día adjuntó a la solicitud de deslinde del Barranco de Badajoz, que tramitó con carácter previo al inicio de la primera explotación de la cantera El Badén, en 1975. En dicho plano aparece el barranco de Badajoz situado más allá de la cantera -pues existe entre ambos un camino denominado pista de las Rosas- y que se prolonga desde su desembocadura en el mar hasta cotas superiores a la de la cantera. Por otro lado, se ha obtenido un plano o croquis del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, con membrete del Cabildo Insular de Tenerife, en el que aparece el cauce del Barranco de Badajoz situado al sur de la cantera fuera de los límites de extracción y separado por un camino y junto con otro trazado de un cauce sin nombre que invade parcialmente la zona extraída por su parte norte. Es probable, se afirma, que ese otro cauce sea el referido en el informe técnico de valoración de fecha 14 de marzo de 2005 remitido al Consejo de Gobierno, en el que se señala que el cauce afectado tiene una longitud de 556 metros y un ancho de 14 metros, con lo cual, de ser ello así, resultaría que el expediente ha tenido como objeto unos daños supuestamente causados al cauce del Barranco de Badajoz, mientras que el informe de valoración utilizado para sancionar se refiere a otro cauce desconocido hasta ahora, cuyo nombre se ignora y que nunca ha sido objeto del expediente. Que el Barranco de Badajoz se sitúa fuera de la cantera se refleja asimismo en el informe técnico solicitado por la actora a un ingeniero de minas, a quien en su día se encargó por el Gobierno de Canarias el Plan Territorial Especial del Área de los Barrancos de Güimar, hoy ya aprobado. En dicho informe, el ingeniero afirma, con base en el croquis antes citado y la cartografía de 1964 del propio Cabildo, que antes de iniciarse las extracciones sólo hay un barranco de cumbre, el Barranco de Badajoz, que discurre por el camino que delimita la cantera por el sur; además, el trazado del croquis no coincide con ninguna de las barranqueras posibles y ninguna de ellas estaría dentro de la explotación. Se señala también en el referido informe que se identifican fotos de los únicos pontones existentes en la Carretera General del Sur y por los que ha de pasar irremediamente cualquier cauce, ya que si el organismo de obras públicas los construyó allí no cabe pensar que hacia arriba o abajo discurra un mayor número de cauces, que no podrían atravesar ese punto, concluyéndose que el único barranco existente es el de Badajoz, que cruza la carretera por el pontón situado en el punto kilométrico 27,700; que dicho barranco discurre en todo su largo en paralelo a la cantera, no interfiriendo con ella y que en la zona norte de la cantera no se contempla ningún cauce de barranco de cumbre que pueda por ello calificarse de dominio público hidráulico. Por otro lado se hace referencia a unas fotografías aéreas de GRAFCAN de 1987 de las que se aportan fotocopias y en las que a su juicio se aprecia que en las porciones aún no explotadas no aparece cauce alguno. En cuarto lugar, sostiene que en el Plan Territorial Especial de Ordenación de la Actividad Extractiva de los barrancos de Güimar, aprobado por la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias intervino el Consejo Insular de Aguas proponiendo el encauzamiento del barranco para cuando se realice íntegramente su extracción hasta la autopista Sur; el plano con los cauces propuestos que se recoge en dicho Plan deja claro que el único cauce existente en la zona de Badén II es el Barranco de Badajoz, que siempre discurrió paralelo al margen sur de la explotación y va directo al pontón existente en la carretera general. También se recoge en dicho plano otro cauce denominado Barranco Fregenal, situado a más de un kilómetro de la cantera. El trazado que ahora propone el Consejo para el Barranco de Badajoz es totalmente nuevo, pues pasa a estar dentro de la futura depresión que se originaría con la íntegra extracción y lo hace más ancho. También se aportan fotografías del vertedero municipal colindante, que se sitúa en cota inmediata inferior a la cantera y entre esta y la Carretera General, lo que supone que de existir cauce alguno, moriría en ese vertedero sin poder seguir hasta el mar y en todo caso, se afirma, no se puede culpar a la actora de modificar las características hidráulicas de una zona cuyas aguas, en su caso, irían a parar a un vertedero. En su escrito de conclusiones la actora valora la prueba relativa a un informe de mayo de 2007 por ella encargado a una entidad privada, HYDRA SOLUCIONES AMBIENTALES, en el que se señala que en la Red Hidrográfica del propio Consejo Insular de Aguas de Tenerife el cauce del Barranco de Badajoz coincide en su mayor parte con el Barranco de la Ladera y no confluye con el Barranco del Fregenal, además de que las coordenadas fijadas para este cauce son las que se corresponden con lo que ahora denomina el CIAT Barranco de la Ladera, que ni siquiera está inventariado, es decir, que no existe para este organismo. Se cita asimismo el informe "Guía metodológica para el cálculo de caudales de avenida en los cauces de Tenerife" elaborado en febrero de 2005 a petición del Consejo Insular de Aguas por las entidades HYDRA CONSULTORES S.L. Y TRAZAS INGENIERÍA S.L., informe al que pertenece un plano en el que a juicio del ingeniero de minas citado anteriormente, el Barranco de Badajoz coincide exactamente con el que ahora denomina el CIAT Barranco de La Ladera.

7º Por otro lado, la demandante aporta en apoyo de su pretensión fotocopias parciales de diez escrituras de propiedad en la que constan, según señala, las descripciones de fincas que integran la zona objeto de discusión con sus linderos, sin que se mencione que alguna de ellas esté atravesada por cauce o barranco alguno o que linde con este, siendo que solo en una se menciona un barranco, no necesariamente público, y situándolo más allá de un camino, o sea, fuera de su propiedad, aduciendo que la Administración no ha desvirtuado la



titularidad particular e inscrita en el Registro de la Propiedad de los terrenos objeto de extracción, refiriéndose en este punto que la STS de 4 de julio de 1996 ha declarado que determinar el carácter de dominio público de unos terrenos teniendo en frente un certificado del registro de la Propiedad que sostiene lo contrario supone resolver de plano la cuestión prejudicial civil, que debe resolverse en el procedimiento civil correspondiente y no por medio de un expediente sancionador. Tales escrituras datan de los años 70 y 80, todas anteriores a la Ley 29/1985 de 2 de agosto, de Aguas, que no entró en vigor en Canarias hasta el 1 de enero de 1987, por lo que resulta de aplicación la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, con arreglo a la cual - artículos 28 y 29 - el barranco sería de dominio privado. Por todo ello, se afirma, no concurre el presupuesto de la potestad sancionadora que se pretende ejercitar porque ostenta la propiedad de los terrenos objeto de extracción, sin que la Administración haya acreditado, como ha venido exigiendo esta Sala en otros pronunciamientos, la naturaleza pública del cauce, añadiendo que si la Administración consideró que la extracción estaba incidiendo en dominio público hidráulico, debió promover el deslinde demanial.

8º En cuanto a la inexistencia de autorización administrativa previa del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, desde que en 1975 se inició la explotación de la cantera sostiene la actora que cuenta con todas las autorizaciones requeridas, al amparo de las modificaciones legislativas que se han ido sucediendo, incluida la Evaluación de Impacto Ambiental obtenida en 1993 en donde consta que fueron oídos y consultados, entre otros, el Cabildo Insular de Tenerife y el Jefe de Servicio del Servicio Hidráulico de la Dirección General de Aguas sin objetar nada al respecto. Además, si bien la ley de Aguas de 1990 menciona la autorización al regular las concesiones y autorizaciones, sólo regula las concesiones, dejando un vacío legal respecto de las autorizaciones hasta su regulación a través del Decreto 86/2002, por lo que no se puede aplicar esta norma a una actividad que obtuvo su primera autorización en 1975, debiendo entenderse por todo ello que la autorización que ahora dice el Consejo Insular que debe obtenerse se encuentra implícita en otras autorizaciones superiores, concretamente la autorización definitiva de la Consejería competente en materia de minas, pues las normas no pueden interpretarse exclusivamente en su tenor literal, sino de forma acorde con la finalidad de la misma, señalando, por lo demás, que las Administraciones Públicas eran concededoras de que la actora está desarrollando una labor de extracción minera en la zona denominada Barranco de Badajoz desde hace más de treinta años y que lo han venido permitiendo y autorizando.

9º Modificación de las características hidráulicas que junto con la falta de autorización justifica la imposición de la sanción: Considera el actor que lo afirmado en uno de los informes de la Administración emitidos en el expediente -el de 17 de enero de 2005- sobre que las características hidráulicas se han visto modificadas por haberse modificado el drenaje de las aguas superficiales de escorrentía induce a confusión, pues las aguas de escorrentía estarán en los terrenos privados de la actora y no en el supuesto cauce público. En todo caso, considera que si la Administración entendió que las licencias otorgadas para las extracciones eran lesivas para el interés público, debió acudir a la declaración de lesividad para anularlas, algo que ya no podía hacer por haber transcurrido el plazo de cuatro años para ello.

10º Calificación de la infracción como muy grave: Dicha calificación se realiza con base en la valoración de los daños que se desprende de tres informes que a su juicio son contradictorios entre sí y que evidencian que no se ha definido correctamente el supuesto cauce ni su ubicación ni los daños que se dicen producidos. En esas valoraciones se calculan los costes que supondría la restitución de lo dañado pero a la actora no se le ha sancionado con la obligación de restituir. En el informe de 14 de marzo de 2005 emitido por el Consejo Insular de Aguas en subsanación de la falta de valoración económica como elemento esencial de la responsabilidad derivada de la infracción se dice que la valoración se ha realizado con base en una cartografía que no existe en el expediente, y tampoco se sitúan los 556 metros del largo del cauce que se dice afectados, desconociéndose también, se añade, de dónde proceden los datos de altura de excavación y costes de reposición. Por ello considera que no existe una valoración que justifique la más dura de las sanciones. Además, junto con la sanción se ha ordenado la paralización de todas las extracciones que se estén llevando a cabo en el Barranco de Badajoz, lo cual considera que es totalmente improcedente porque no existe infracción y, además, porque si la Administración considera que no existe restitución, no tiene sentido paralizar. La improcedencia de tal orden de paralización se evidencia también en que se ha paralizado una actividad que se desarrolla en 177.470 metros cuadrados cuando el que denomina "dudoso cauce" sólo ocuparía 7.784 metros cuadrados, además de que dicha orden impide las labores complementarias como la propia restauración.

11º Prescripción: En cualquier caso, sea cual sea la calificación que se de a la supuesta infracción, esta habría ya prescrito porque la zona donde según el CIAT podría ubicarse el supuesto cauce fue explotada hace más de diez años. Se apoya tal afirmación en un informe del CIAT de 21 de noviembre que consta a los folios 147 a 158 del expediente administrativo en el que existen tres planos con curvas de nivel en los que se aprecia que en el intervalo 1987-1996 ha habido extracciones en la cantera mientras que no se aprecian cambios entre 1996 y 2002. Además la infracción no sería continuada porque no hubo continuidad en la zona del supuesto cauce, sino en otras muy alejadas.



TERCERO.- Las Administraciones demandadas oponen a los motivos anteriores los siguientes:

1º En lo concerniente a las cuestiones de forma planteadas en la demanda, opone la Administración demandada que con fecha 30 de marzo de 2005 se intentó por parte del CIAT la notificación personal de la resolución sancionadora en la cantera varias veces, intento que resultó infructuoso porque no se encontraba en la misma el representante de la entidad y las otras personas no quisieron hacerse cargo de ella, pero que de acuerdo con el artículo 58.4 de la Ley 30/1992 es válido a efectos de considerarla notificada dentro de plazo puesto que dicho intento consta debidamente acreditado. Por otro lado, el vicio de incompetencia denunciado por haber declarado el CIAT la caducidad -del procedimiento sancionador anterior- al dictar la resolución en la que se inicia el procedimiento sancionador que ahora se discute, no tiene mayor trascendencia por cuanto la resolución que se declara la caducidad no tiene carácter constitutivo sino declarativo y porque dicha resolución fue convalidada por el Consejo de Gobierno al dictar el acto impugnado. En tercer lugar, se argumenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento sancionador en materia de aguas, una vez presentadas alegaciones o transcurrido el plazo para su presentación, se elevará la propuesta al organismo competente, sin que fuera obligado abrir un nuevo trámite de audiencia porque no se ha modificado ni la calificación de la infracción ni la sanción propuesta. En cuanto al informe de daños de fecha 14 de marzo de 2005 elevado al Gobierno cuya falta de notificación a la demandante se denuncia, sostiene la demandada que se trata de un informe en el que no se modifican los elementos esenciales de la infracción, sino que se motivan más detalladamente los daños producidos y su valoración.

2º Por lo que se refiere al trazado del Barranco de Badajoz y su naturaleza pública, sostiene la Administración demandada que la existencia y trazado de dicho barranco se desprende de la cartografía histórica integrada por la cartografía militar de España de 1960, Cartografía militar de 1965 y Mapa Topográfico Nacional de 1964. Dado que las extracciones de áridos de la cantera hicieron desaparecer el tramo intermedio del cauce del barranco, el CIAT hizo una restitución del mismo superponiendo las cartografías histórica y actual, lo que ha permitido comprobar la existencia del barranco desde la cumbre hasta el mar y la invasión del tramo del cauce de más de 500 metros de longitud por la cantera de extracción de áridos. En los planos aportados por la demandante se confunde el Barranco de Badajoz con otro, el de la Ladera, que no es barranco de cumbre. El mapa que dice haberse obtenido del CIAT no sitúa el Barranco de Badajoz fuera de los límites de la cantera, señala la demandada, sino que en ese plano el Barranco de Badajoz es el que la actora identifica como un barranco sin nombre, que invade parcialmente la zona de extracción. La cartografía de GRAFCAN de 1987 muestra el trazado del Barranco de Badajoz desde la cumbre hasta precisamente la cabecera de la cantera, punto a partir del cual el cauce no se hace constar porque se le ha hecho desaparecer físicamente. En cuanto al mapa aportado por la demandante cuando solicitó el deslinde en 1974, opone la demandada que tal deslinde nunca fue aprobado, pero que la ubicación -en el mapa adjuntado a la solicitud- del Barranco de Badajoz, al sur y fuera de la cantera, separados ambos por un camino, es errónea y fue discutida por los vecinos, habiéndose constatado la imprecisión de los datos con que se contaba. En todo caso, añade la demandada que no tendría sentido solicitar el deslinde de un cauce que el solicitante sitúa completamente fuera de la cantera y separada de la misma por un camino. En relación con el informe del ingeniero de minas aportado junto con la demanda sostiene la Administración demandada que no puede ser tenido en cuenta en primer lugar porque se trata de una persona que trabaja para la entidad demandante y cuya especialidad, por otro lado, no es la hidrología de superficie y, además, porque el informe adolece de bastantes errores. Así, el barranco paralelo a la cantera de extracción de áridos que el ingeniero identifica como Badajoz no nace en la cumbre, sino a una cota de 400 metros, y es el de la Ladera. Por el contrario, el cauce del Barranco de Badajoz que desciende desde la cumbre se escora hacia su margen izquierda al alcanzar la plataforma del Valle de Güimar, conservando el relieve del cauce hasta su entronque con la cantera donde desaparece y que aguas abajo de la cantera el cauce discurre entre márgenes hasta confluir con el Barranco de Fregenal; por ello, las escorrentías que descendieron desde la cumbre por este barranco en diciembre de 2002 hasta el Valle discurrieron cauce abajo hasta alcanzar la gran hoya de la cantera de áridos, donde quedaron atrapadas. En segundo lugar, cuando el ingeniero dibujó el cauce del barranco de Badajoz sobre la cartografía de 1964 lo llevó en algunos tramos a través de limatesas (lomos) y no de limahoyas (depresiones) que conforman las curvas de nivel lo que, por desconocimiento total de los principios más elementales de la cartografía hidrológica, determinó el desplazamiento erróneo del cauce del barranco hacia la margen derecha, haciéndolo coincidir con el cauce del barranco La Ladera. Por otro lado, y según se señala en el testimonio del técnico del CIAT los planos aportados por la empresa HYDRA CONSULTORES S.L. extraídos a partir de una guía metodológica para el cálculo de caudales de avenida no establecen el barranco de Badajoz en la zona del ámbito de la cantera porque su finalidad es averiguar los caudales máximos de avenida que pueden producirse en el territorio de la isla y lo que existe en la actualidad en la zona es una gran hoya, no el cauce del barranco, de modo que por debajo de la cantera es prácticamente imposible que puedan darse avenidas, ordinarias o extraordinarias. Además dicho documento tuvo desde que se presentó a público carácter de provisional haciéndose detectado numerosos errores como consecuencia de que parte de la información utilizada no se corresponde con la realidad. En cuanto al informe de mayo de



2007 encargado a HYDRA SOLUCIONES AMBIENTALES en mayo de 2007 incurre también este en numerosas incoherencias como, por ejemplo, la no mención de las cartografías de 1960, 1965, la cartografía de 1987 y el mapa topográfico nacional de 1994 en las que se representa el trazado del barranco que desciende desde la cumbre, introduciéndose en la cantera. Tampoco se hace uso en dicho informe de las cartografías geológicas elaboradas por el Instituto Geológico y Minero de España, en los que se contienen los mapas geológicos de España de 1970 y 1979, y que distinguen los dos cauces Badajoz y de La Ladera: el primero que desciende desde las faldas de Izaña y que atraviesa el lugar que hoy ocupa la cantera, y el que tiene su inicio en la cabecera del Valle y discurre al pie de la Ladera, que la demandante sostiene que procede de la cumbre. Además, dicha ubicación se corresponde, a juicio de la Administración demandada, con la información litológica que acompaña a los mencionados mapas, puesto que el trazado que ella defiende, coincidente con las cartografías mencionadas, discurre entre aluviales de barranco como es lo más natural cuando se trata de un barranco de cumbre de estas características que, cuando abandona los tramos encajonados y de fuerte pendiente, desarrolla su recorrido final sobre terrenos formados por sedimentos arrastrados por las lluvias o las corrientes, parte de los cuales ocupaban el hueco actual de la cantera. Por el contrario, el trazado mantenido por la actora discurre a través de depósitos de ladera. Se opone también la demandada a la interpretación de demandante acerca de la ausencia de toda referencia al Barranco de La Ladera en el Plan Especial del Área de los Barrancos de Güimar, que justifica en que dicho Barranco no estaba afectado por la extracción de áridos, por lo que no necesitaba restitución alguna y por ello no estaba incluido en el Plan. Por lo demás, se reafirma en que el Barranco de Badajoz cruza la Carretera C-822 en forma de badén y la razón de que para el de La Ladera se haya construido un pontón, es probablemente que a diferencia de este último, el caudal del primero es menos frecuente y discurre por terrenos más permeables. Sobre las coordenadas de situación del Barranco de Badajoz, aduce la Administración demandada que las que figuraron en un primer informe obedecen a un error material que no se corresponden ni con el tramo de cauce que interrumpió la cantera ni con ningún otro, sino que se encuentran sobre un camino al suroeste de la cantera y totalmente fuera de sus límites, según se ha justificado en informes posteriores cuando se advirtió el error, lo que de ningún modo invalida el expediente sancionador porque, se señala, el objetivo del mismo no era un camino, y porque dichas coordenadas figuran en un informe del Departamento de Recursos Superficiales del CIAT de enero de 2003, sin que en la tramitación del segundo expediente sancionador hayan vuelto a aparecer tales errores.

3º La naturaleza pública del Barranco de Badajoz se justifica porque reúne los requisitos legales para ser considerado como tal según establece el artículo 58.2 de la Ley 12/1990 de 26 de julio, a cuyo tenor: En todo caso, se considerarán cauces de aguas discontinuas, que forman parte del dominio público, aquellos barrancos que se prolonguen desde cualquier divisoria de cuenca hasta el mar, sin solución de continuidad. Y la naturaleza de dicho Barranco como barranco de cumbre que discurre desde Izaña hasta el mar sin solución de continuidad se encuentra acreditada en numerosos informes técnicos del CIAT como el de 24 de enero de 2003, en el que se hace referencia a su inclusión en el Catálogo Insular de Cauces en atención a sus características como barranco público, además de que dicho trazado se desprende de las cartografías existentes. También se ha acreditado el carácter demanial en la documentación remitida a la demandante en mayo de 2006 y en la aportada con la contestación a la demanda en la que se refleja dicho trazado, aclarándose que la misma no fue cuestionada en sede administrativa, sino judicial. Por ello entiende que no es de aplicación al presente caso el criterio sentado por esta Sala en las Sentencias citadas por la demandante dado que las mismas se pronuncian en relación con supuestos de hecho en que la Administración no había acreditado en absoluto la titularidad pública de los cauces objeto de discusión. Por el contrario, se sostiene, es de aplicación la de esta Sala de 25 de diciembre de 2002 en la que se declara que una vez definido el barranco como un cauce que nace en la divisoria de cuenca y discurre hasta el mar sin solución de continuidad tiene la consideración de dominio público.

4º Sobre la exigencia de autorización administrativa sectorial, sostiene la Administración demandada que el artículo 58 de la Ley Territorial de Aguas establece la obligación de los interesados de solicitar la autorización administrativa para cualquier actuación que afecte a un cauce de dominio público, exigencia que ya se contenía en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986 dictado en desarrollo de la Ley 29/1985 de 2 de agosto, con independencia de cuál fuera el órgano competente para emitirla -el Consejo Insular de Aguas o la Consejería competente de la Comunidad Autónoma de Canarias, sin que sean aceptables, en su opinión, la pretensión de la demandante de liberarse de su obligación defendiendo la existencia de una autorización implícita, pues cada Administración Pública autoriza con base en la competencia que su legislación sectorial le confiere. Por ello, que la demandante hubiera obtenido una autorización de la Dirección General de Urbanismo del gobierno de Canarias para su actividad extractiva en la cantera no le eximió de solicitar la autorización a la Administración Pública competente en materia de aguas, esto es del Consejo Insular de Aguas, para la actividad a desarrollar en aquella parte de la cantera que incidía en el dominio público hidráulico, sin que tampoco la obtención de la Evaluación de Impacto Ambiental pueda servir como sustitutivo de dicha autorización, puesto que es un trámite preceptivo en su tramitación.



5º Modificación de las características hidráulicas y calificación de la infracción: Las Administraciones demandadas consideran que con la extracción de áridos en el Barranco de Badajoz se han causado daños al dominio público hidráulico, consistentes en la modificación del drenaje natural de las aguas superficiales de escorrentía así como las características hidráulicas y las condiciones de contorno del tramo de barranco donde se realiza la extracción, lo que ha determinado que las aguas de escorrentía que bajan desde la cumbre ya no puedan continuar su trayectoria hasta el mar, creándose una gran hoya que retiene las aguas donde antes existía el cauce entre márgenes con pendiente descendente y esa gran hoya ha hecho desaparecer no solo el cauce sino también las zonas de su ámbito o contorno, esto es, la zona de servidumbre (5 metros a ambos lados del cauce) y la zona de policía (25 metros a ambos lados del cauce) poniendo en peligro la estabilidad de las infraestructuras aledañas a dichas zonas. Tales actuaciones se encuentran tipificadas en el artículo 7 del Reglamento Sancionador en materia de Aguas, en el que se establece que son infracciones muy graves todas aquellas conductas calificadas como graves en el apartado anterior - se refiere a daños en el dominio público hidráulico- siempre que el perjuicio causado al dominio público hidráulico sea superior a los 5.000.000 ptas. o en las que concurran las circunstancias agravantes previstas en el artículo siguiente.

6º Prescripción de la infracción: Sostienen las Administraciones demandadas que al ser la extracción de áridos una actividad continuada en el tiempo, la determinación del dies a quo del plazo de prescripción de tres años correspondiente a las calificadas como muy graves ha de realizarse según lo previsto para las infracciones de carácter continuado. En ellas, el plazo de prescripción de la acción sancionadora se inicia a partir del último acto con el que la infracción se consuma, según establece el artículo 34 del Reglamento sancionador de la Ley de Aguas de Canarias. Se afirma por la Administración que en el acta del Policía de Cauces de 16 de enero de 2003 del Departamento de Aguas Superficiales -obrante al folio 5, sección 3 del expediente administrativo-, se acredita que en esa fecha se está trabajando en la cantera así como en la reposición, con tierra sacada de las márgenes del Barranco, de la pista afectada por las lluvias de diciembre anterior. Consta asimismo, se añade, informe técnico del Área de Recursos Hidráulicos de fecha 24 de enero del mismo año en el que se refleja la continuación de las labores de extracción, todo lo cual lleva a considerar que al tiempo de la iniciación del expediente sancionador la conducta imputada no ha prescrito.

CUARTO.- La resolución del recurso planteado exige el examen previo de la cuestión relativa a la prescripción de la conducta sancionada debiendo señalarse que, en efecto, la infracción imputada tiene el carácter de continuada en el tiempo por lo que, datando la última actuación certificada de dicha conducta mediante acta de la Policía de cauces, de enero de 2003, es claro que a la fecha en que se inició la acción sancionadora de la Administración en marzo de 2004, la prescripción no se había consumado, por lo cual este primer motivo de la demanda ha de ser rechazado. En segundo lugar, y en relación con las cuestiones formales formuladas en la demanda, han de ser igualmente rechazadas. Así, por lo que se refiere a la pretendida caducidad del procedimiento por falta de notificación en plazo de la resolución sancionadora, ha de afirmarse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 58.4 de la Ley 30/1992 que, acreditada la realización de un primer intento de notificación el 30 de marzo de 2005, vale dicho intento para tener por notificado en plazo la misma, sin que a tal efecto, ha de añadirse, obste la existencia de una segunda notificación en fecha posterior. Tampoco puede prosperar la alegación sobre la nulidad por haberse dictado la resolución sancionadora, en lo atinente a la declaración de caducidad, por órgano manifiestamente incompetente así como por la falta de archivo de las actuaciones. Ha de tenerse en cuenta en relación con este tema que con arreglo al artículo al artículo 2 del Decreto 276/1993 de 8 de octubre por el que se aprueba el Reglamento sancionador en materia de aguas, tratándose de infracciones muy graves, corresponde a los Consejos Insulares de Aguas tramitar los expedientes sancionadores y elevar la propuesta de resolución al Consejo de Gobierno correspondiendo a este último, según el apartado tercero del precepto mencionado, imponer las sanciones derivadas de las infracciones muy graves. No existe, pues, una atribución expresa y excluyente de la declaración de caducidad al órgano competente para imponer la sanción. Por otro lado, la caducidad del procedimiento sancionador es, a falta de disposición normativa específica en contrario, automática, ya que con arreglo al artículo 44.2 de la Ley 30/1992 en los procedimientos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras, el vencimiento del plazo máximo sin notificar la resolución producirá la caducidad del procedimiento. La declaración de caducidad con archivo de las actuaciones tiene ciertamente su relevancia y el legislador la concreta con la remisión del citado precepto al artículo 92, en el que se establece, por referirnos a lo que en este punto interesa, que la caducidad no producirá por sí misma la prescripción de la acción de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán la prescripción. En el presente caso, el procedimiento sancionador anterior se inició el 10 de febrero de 2003, según se acredita en el expediente administrativo -al folio 259- por lo que la caducidad del mismo no ha provocado la prescripción de la acción sancionadora de la Administración, que se tradujo en la iniciación del expediente sancionador por el órgano competente para ello, es decir el Consejo Insular de Aguas, con fecha 30 de marzo de 2004. En cuanto a la ausencia del archivo de las actuaciones subsiguiente a la declaración de caducidad no tiene razón el recurrente cuando afirma en su demanda: "Pero el Consejo Insular de Aguas no archivó el caducado y dictó las nuevas resoluciones



dentro del mismo, sin abrir un segundo expediente que ha de tener su fase instructora propia e independiente", pues en la citada Resolución de 30 de marzo de 2004 por la que se acuerda el inicio de un nuevo expediente sancionador, se procedió, de acuerdo con lo exigido en el artículo 19 del Decreto 276/1993 , a notificar el Pliego de Cargos para que el interesado formulara en el Pliego de Descargos las alegaciones que tuviera por conveniente -folio 249 del expediente administrativo-, lo cual pone de manifiesto que con dicha Resolución se dio inicio a un nuevo expediente sancionador, cuya existencia no queda desdibujada por la asignación de un número de expediente igual al anterior caducado y en el que pueden y deben ser utilizados los documentos y antecedentes obrantes en el anterior, al amparo de lo previsto en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992 , como ha declarado en Tribunal Supremo en Sentencias como la de 24 de septiembre de 2001 . En tercer lugar, en lo concerniente a las diferentes propuestas de resolución de las que solo una fue objeto de notificación a la actora, ha de afirmarse que, comparadas la propuesta de resolución notificada por el gerente del CIAT que fue objeto de notificación a la demandante con la formulada por el Presidente del Consejo Insular de Aguas y la que el Consejero de Infraestructuras, Transporte y Vivienda elevó al Consejo de Gobierno -obrantes a los folios 393 y siguientes, 352 y siguientes y 379 y siguientes del expediente administrativo, respectivamente- ninguna diferencia en cuanto a la calificación de la infracción y sanción propuesta se detecta entre las mismas debiendo precisarse que la segunda no incorpora las alegaciones formuladas el 4 de mayo de 2005 por la demandante al acuerdo de iniciación del expediente sancionador, como tampoco incorporó las consideraciones que a esta formuló la Administración remitiéndose a para el conocimiento de unas y otras a lo obrante en el expediente administrativo. Sin embargo, esta segunda resolución sí que incluye las nuevas alegaciones que con fecha 24 de septiembre la demandante formuló a la propuesta de resolución notificada por el gerente del CIAT, que junto con las consideraciones jurídicas de la Administración justifican la propuesta de resolución elevada al Consejero. Ha quedado, pues, acreditado el cumplimiento de lo previsto en el artículo 27 del Decreto 276/1993 , sin que se haya apreciado la existencia de cambios en la propuesta que hicieran necesario la provisión de un nuevo trámite de audiencia en los términos exigidos en el artículo 20.3 del Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto , por lo que este motivo ha de correr la misma suerte desestimatoria de los anteriores.

QUINTO.- Las cuestiones de fondo planteadas en la demanda que han de ser examinadas para una correcta resolución del recurso planteado se refieren al trazado del Barranco de Badajoz, su titularidad pública y a la calificación de la infracción. En cuando a la primera, la naturaleza pública del barranco de Badajoz y más concretamente su calificación como dominio público natural resulta de la concurrencia de las condiciones que a tal efecto fija el Texto Refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto legislativo 1/2001 de 20 de julio) así como la Ley Territorial 12/1990, de 26 de julio, de Aguas. La primera de las citadas establece en su artículo 2 que integran el dominio público hidráulico los cauces de corrientes naturales, continuas y discontinuas, estableciendo el artículo 58.2 de la segunda que en todo caso, se considerarán cauces de aguas discontinuas, que forman parte del dominio público, aquellos barrancos que se prolonguen desde cualquier divisoria de cuenca hasta el mar, sin solución de continuidad. Ha quedado acreditado que dicho barranco discurre desde las faldas de Izaña hasta el mar sin solución de continuidad y como tal se encuentra incluido en el catálogo de cauces públicos del Plan hidrológico Insular de Tenerife. Así se refleja en los numerosos informes técnicos emitidos por los funcionarios del Consejo Insular de Aguas que obran en autos, sin que la realidad de sus características propias de un barranco de cumbre, que es lo que le confiere naturaleza demanial, haya quedado desvirtuada por la demandante. La primera conclusión que ha de extraerse de lo razonado a efectos de la solución de la controversia planteada es, pues, que el Barranco de Badajoz es cauce público integrado en el dominio público hidráulico.

En cuanto al trazado de dicho barranco, la principal dificultad para su identificación radica precisamente en que el mismo aparece en la actualidad interrumpido, lo cual no extingue de suyo el dominio público hidráulico, como sostiene la demandante al objeto de negar la existencia de infracción, sino que determina la necesidad de recurrir a otros instrumentos que permitan reflejar su curso histórico, como presupuesto legitimante de la acción sancionadora enjuiciada. El punto de partida en esa operación viene constituido, a juicio de esta Sala, en la constatación de que la cartografía histórica que obra a los folios 247 y 248 de los autos muestra que el mismo confluye, en un determinado punto con el Barranco del Fregenal. En relación con ello conviene traer a colación la Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 2007, confirmada por la del TS de 16 de junio de 2011, en la que se anuló el Plan Especial Territorial del área de los Barrancos de Güimar precisamente en lo relativo a la descripción del Barranco de Badajoz, que aparecía representado con un trazado paralelo al de Frejenal hasta su desembocadura en el mar y no, como había descrito el CIAT confluyendo con el Barranco del Fregenal). En efecto se declaró en aquella lo siguiente:

La representación, no obstante, que el PET recoge en sus planos sobre los cauces públicos (barranco de Tegüigo o Badajoz y Piedra Gorda, también denominada Guaza o Fregenal), específicamente en el plano II.1.4.2, representación del Suelo Rústico de Protección de infraestructuras Hidráulicas (SRPIH) que se corresponde (artículo 14) con los cauces que se constituirán para desaguar las avenidas de los barrancos de Badajoz y



Fregenal, no coincide con el cauce del barranco de Badajoz que se aprecia en la planimetría remitida por el Consejo Insular de Aguas de Tenerife, a petición del Ayuntamiento de Güimar, al folio 256-257 del recurso, en la que se aprecia que los cauces del barranco de Badajoz y Fregenal confluyen a partir de un determinado punto, en un solo cauce.

En la Sentencia referida se anularon, pues, las determinaciones del PET en cuanto establecían un trazado del Barranco de Badajoz que no confluía en el de Fregenal. Teniendo en cuenta que este último se sitúa bastante más al norte de la cantera, la confluencia del Barranco de Badajoz en el este último permite corroborar el trazado defendido en el presente recurso por la Administración, pues la reconstrucción del cauce del barranco de Badajoz mediante la superposición de la cartografía actual sobre la histórica realizada por la Administración demandada se corresponde con aquel trazado, todo lo cual que lleva a esta Sala a apreciar que el cauce histórico del barranco es el que afirma la Administración demandada. Dicho trazado muestra asimismo que el cauce del barranco discurría en un tramo por el interior de la cantera. Tal constatación no ha quedado desvirtuada por los documentos aportados con la demanda en los que se sostiene la existencia de un trazado que discurriría por el sur de la cantera y fuera de sus límites, alegaciones que han sido razonadamente combatidas por la Administración codemandada en los términos que han quedado resumidos en el Fundamento de Derecho anterior. Cabe no obstante, subrayar, dada la reiteración que sobre el particular se efectúa por la demandante en su escrito de conclusiones, que la referencia inicial, en el procedimiento sancionador luego caducado, a unas coordenadas de situación del barranco equivocadas fueron corregidas con posterioridad-, en el sentido de que la nueva propuesta de resolución sancionadora notificada a la entidad sancionada -folios 393 a 406, sección 18 del expediente administrativo- ya no contenía referencia a tales coordenadas. Por otro lado, los informes del ingeniero de minas, y Director de la cantera en cuestión, aportados por la demandante tampoco constituyen elementos de prueba cuya valoración haya podido llevar a esta Sala a la convicción de que el trazado del Barranco de Badajoz era distinto del sostenido por la Administración a partir de los informes técnicos de sus funcionarios. Por el contrario, ha de considerarse probado que un tramo con la extensión que resulta del informe técnico de valoración de daños de 14 marzo de 2005 del Barranco Público de Badajoz, obrante al folio 394 de la Sección 30 del expediente administrativo, atravesaba la cantera y quedó afectado por la extracción de áridos desarrollada por la demandante. Dicho tramo, que por su trayectoria es coincidente con la cartografía histórica, se corresponde también, por su extensión, con el croquis aportado por la demandante, obrante al folio 148 de los autos, que la misma denomina barranco sin nombre y que la Administración codemandada afirma que se trata del barranco de Badajoz. En suma, coincidiendo los litigantes en que la cantera se encontraba atravesada por un barranco -barranquillo o barranquera según la actora-, una vez dirimidas las divergencias en cuanto a su identidad y naturaleza en los términos expuestos, la conclusión que se deriva de la fuerza probatoria de los elementos fácticos acreditados es la convicción, a la que llega la Sala, de que el Barranco de Badajoz atravesó históricamente el ámbito territorial donde se desarrollaron las actuaciones de extracción de áridos. Este motivo debe, por tanto, rechazarse.

SEXTO.- Es necesario examinar a continuación la alegación desarrollada por la actora en su escrito de conclusiones según la cual, de admitirse que el barranco atraviesa la cantera, este sería de dominio privado, con base en las alegaciones expuestas en el Fundamento de Derecho Segundo apartado 7º. Sobre este tema ha de precisarse que en el supuesto enjuiciado en la STS de 4 de julio de 1996 invocada por la actora el Ayuntamiento apelante aportó certificado del Registro de la Propiedad en la que la finca en cuestión aparecía inscrita a su nombre, y entendiendo que con ello se cumplía su obligación de demostrar el carácter no demanial de los terrenos objeto de discusión, ello suscitó en el Tribunal Supremo dudas racionales sobre la propiedad de los terrenos, pues -se razonaba- el hecho de que unos terrenos se inundan, no significa necesariamente que sean cauce del río dado que por el hecho de estar en nivel inferior del cauce, no todos los terrenos son de dominio público. Tales dudas determinaron el pronunciamiento sobre la necesidad del deslinde administrativo con carácter previo a la imposición de la sanción. Ahora bien, en el supuesto ahora examinado, la Sala no alberga dudas sobre la naturaleza pública del Barranco de Badajoz y, por ende, sobre la concurrencia del presupuesto legitimante del ejercicio de la potestad sancionadora desplegada por la Administración, pues frente a ello, las fotocopias de escrituras aportadas a los autos -a los folios 157 y siguientes- carecen de fuerza probatoria suficiente para oponer a la naturaleza demanial del Barranco, constituida ope legis, la propiedad privada pretendida, y ello por varias razones. Así, ha de señalarse que no se han aportado con la demanda certificaciones registrales, sino copias de las escrituras de compraventa, en las que se especifica que ninguna -de las aportadas- se encuentra inmatriculada. Por otro lado, no se acompaña a las mismas una planimetría que permita identificar la situación exacta de las fincas sobre el terreno de manera que permita constatar de modo indubitado que los documentos aportados se refieren efectivamente a la zona de la cantera sobre la que se han estado extrayendo los áridos, incertidumbre abonada por el hecho de que la superficie total de las fincas cuya escritura se aporta es de 22.220 metros cuadrados -la cantera tiene una superficie de 177.470 metros cuadrados, según la actora- mientras que el tramo del barranco afectado origen de la sanción es de 556 metros. Además, de los documentos referidos pudieran derivarse efectos justamente contrarios a los



pretendidos por la demandante con su aportación, dado que carece de toda lógica admitir que la cantera se encuentra atravesada por un barranco "sin nombre" - barranquillo o barranquera- y al mismo tiempo sostener que en las fincas de las que aporta descripción de linderos no se menciona en ninguna de ellas que se encuentre atravesada por barranco alguno, invocando como prueba unas escrituras de compraventa que al propio tiempo pretenden probar la propiedad privada del barranco, inexistente según aquella descripción. Sobre la pretendida exigencia del deslinde como presupuesto del ejercicio de la potestad sancionadora se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de octubre de 2012 en los siguientes términos:

Ante todo es obligado recordar que la calificación de los bienes demaniales por naturaleza, como es el caso de los cauces de las corrientes naturales, se produce por ministerio de la ley ( artículo 2.b del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de Junio Texto Refundido de la Ley de Aguas). Ello comporta, en lo que aquí interesa, que los deslindes que se practiquen, en su caso, tienen carácter declarativo, al constatar las realidades geofísicas y geográficas previstas en la norma legal; y, paralelamente, que no es necesario practicar un previo deslinde para conceder autorizaciones o concesiones sobre los cauces o bienes de dominio público ni, en su caso, para imponer sanciones, autorizar el aprovechamiento de los cauces o de los bienes situados en ellos [ver sobre esto último nuestra 21 de enero del 2011 (casación 598/2008)]. Por tanto, la determinación de que se ha ocupado un cauce o la zona de servidumbre del curso natural del río no puede hacerse depender ni quedar confiado a un deslinde ni éste es condición para identificar los bienes que componen el dominio público hidráulico.

Desde esta perspectiva, están destinadas al fracaso las razones que esgrime la recurrente para tildar de arbitraria la prueba pericial y sostener que se incurrió en un error metodológico por no haberse procedido al previo deslinde para determinar si existía una invasión del cauce.

Tal Sentencia reitera el criterio sostenido en STS de 21 de enero de 2011 , en la que se declara:

Así es, que la extracción se realizara en una parcela propiedad del Ayuntamiento de Pueblo Nuevo del Guadiana, mediante un contrato suscrito con dicha entidad local y que la zona no hubiera sido deslindada, son cuestiones que no afectan al carácter demanial de los terrenos ni a la determinación de la zona de policía. Conviene tener en cuenta que tal calificación de bienes demaniales, que lo son, como en este caso, por naturaleza, se produce por ministerio de la ley siempre que tengan las características naturales y se incluyan en las zonas descritas por la ley. El deslinde, en este sentido, tiene, por tanto, un carácter declarativo, al constatar las realidades geofísicas y geográficas previstas en la norma legal. La solución contraria que postula la recurrente nos llevaría a entender que en las zonas que no han sido deslindadas, no pueden imponerse sanciones administrativas y, por tanto, puede hacerse una extracción indiscriminada de áridos en los cauces de los ríos o en la zona de policía.

Sobre la oponibilidad de los títulos de propiedad inscritos en el Registro se pronunció en el mismo sentido la STS de 22 de septiembre de 2009 , en la que se declaró:

Este segundo y último motivo de casación tampoco puede prosperar porque, como se declara en la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 22 de junio de 2009 (recurso de casación 1478/2004 , fundamento jurídico segundo), los principios de legitimación ex artículo 38 de la Ley Hipotecaria y de fe pública registral ex artículo 34 de la misma Ley no son aplicables al dominio público, reiterando con ello lo que ya declaró la propia Sala en su anterior Sentencia de fecha 1 de julio de 1999 (RJ 1999, 5965), según la cual «el principio de legitimación, que presume la existencia de los derechos inscritos tal y como constan en el asiento y su posesión, no es aplicable cuando intenta oponerse a una titularidad de dominio público, pues éste es inatacable aunque no figure en el Registro de la Propiedad, puesto que no nace del tráfico jurídico base del Registro, sino de la Ley y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada ( Sentencia de 26 de abril de 1986 ( RJ 1986, 2004 ) ); en el mismo sentido, dice la sentencia de 22 de julio de 1986 (RJ 1986, 4577) que los bienes integrados en la zona marítimo terrestre, administrativamente deslindada, corresponde al dominio público y son inalienables, imprescriptibles y ajenos a las garantías del Registro de la Propiedad, que no necesitan precisamente por su condición demanial, y por tanto la inscripción que tenga un particular no puede afectar al Estado y no opera consiguientemente el principio de legitimación registral que consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria , sino la realidad extrarregistral autenticada por el deslinde administrativo hecho».

Por todo lo anterior, este motivo debe rechazarse.

SEPTIMO.- En cuanto a la discutida existencia de la infracción objeto de sanción, ha de afirmarse, en primer lugar, que no puede la Sala entrar a valorar las alegaciones sobre un eventual conocimiento por parte de la Administración hidráulica de las actuaciones de extracción que venían desarrollándose, pues no es objeto del presente recurso la dejación del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Hidráulica para la defensa del dominio público hidráulico, debiendo añadirse que, en todo caso, el incumplimiento previo



de la obligación legal de desplegar la potestad sancionadora no impide su ejercicio posterior. En cambio, no puede desconocerse para la solución de la presente controversia, lo establecido en el artículo 58.3 de la Ley 12/1990 según el cual la realización de obras de cualquier tipo en los cauces integrados en el dominio público y en su zona de servidumbre requiere autorización o concesión administrativa. Por su parte, el artículo 59 del mismo texto legal establece que la apertura de canteras y la extracción de áridos -entre otras obras- quedan sujetas, en todo caso a autorización, incluso cuando se trate de cauces privados, pues como precisa el artículo 58 de la citada Ley el dominio privado de los cauces - en el caso de que concurran las circunstancias previstas en el artículo 5.1 de RDLg 1/2001 de 20 de julio Texto Refundido de la Ley de Aguas - no permite hacer obras que puedan variar el curso natural de las aguas -tampoco lo permitía el artículo 31 de la Ley de 1879- sin autorización administrativa del Consejo Insular de Aguas, que será previa a cualquier otra que se precise, por lo que el claro tenor de la tal exigencia no permite interpretar que se encuentra implícita en las autorizaciones concedidas por otras Administraciones en el ejercicio de sus concretas competencias, como acertadamente se señala en la resolución sancionadora. De esto último se deriva que en la hipótesis, ya rechazada por la Sala en los términos antedichos, de la naturaleza privada del Barranco de Badajoz, seguiría concurriendo el incumplimiento de la obligación de solicitar la autorización y subsistiría la potestad sancionadora por el daño provocado en el dominio público hidráulico como consecuencia de la actividad de extracción de áridos.

La infracción imputada consiste en la causación de daños en el dominio público hidráulico como consecuencia del desarrollo de la extracción de áridos llevada a cabo sin la autorización sectorial preceptiva. El procedimiento sancionador incoado tiene su origen en las denuncias formuladas por varias comunidades de aguas y asociaciones de agricultores y ecologistas, que relacionaron los mayores daños ocasionados por las lluvias torrenciales de diciembre de 2002 sobre los terrenos adyacentes a la cantera, con la extracción de áridos en el Barranco de Badajoz y la destrucción de su primitivo cauce, como por ejemplo el derrumbe de una pista agrícola sobre el hoyo de extracción, tal como se relata en el expediente administrativo -folios 7 a 44, sección 4-. Ha resultado acreditado en el presente recurso la realidad del daño imputado y su extensión. En efecto, consta en el informe de fecha 24 de enero de 2003 -folios 46 a 47, sección 5 del expediente administrativo- que el Departamento de Aguas Superficiales del CIAT, como consecuencia de las referidas denuncias, realizó una visita al Barranco de Badajoz, aguas arriba de la Carretera General del Sur TF-28, en la que se constató que la actividad de extracción de áridos había acabado afectando las características hidráulicas del barranco y sus condiciones de contorno, comprometiendo la estabilidad de las infraestructuras adyacentes como pistas, pozos o bancales, con lo cual no solo se ha dañado el dominio público hidráulico con modificación de sus condiciones naturales de drenaje sino también se han producido daños en su zona de servidumbre y de policía, donde se asientan algunas de las infraestructuras de los denunciados. Del mismo tenor es el informe de 17 de enero de 2005 -folios 335 a 337, sección 21 del expediente administrativo-.

Las alegaciones contrarias a la existencia de conducta infractora basadas en la autorización de la Administración Hidráulica implícita o en la inexistencia de cauce público en la cantera han de ser rechazadas por los razonamientos detalladamente expuestos tanto en la resolución sancionadora impugnada como en la contestación a la demanda o en los propios fundamentos de la presente sentencia. De otro lado, no puede considerarse probada la afirmación de la demandante al señalar que los daños acaecidos con ocasión de las lluvias de diciembre de 2002 se deben a una alteración artificial del cauce natural del barranco de Badajoz que determinaron la desviación de las aguas hacia la cantera. Tampoco puede admitirse que la desaparición del cauce desde 1987, como se aprecia en la cartografía de GRAFCAN, a consecuencia de las actuaciones de extracción de áridos impide la acción sancionadora por afectación de un cauce de dominio público inexistente, pues ello equivaldría a excluir la imposición de sanción por daños al dominio público hidráulico cuando la producción del daño es de tal intensidad que se ha hecho desaparecer parte de su recorrido y es precisamente la causa de la sanción.

En cuanto a la valoración de los daños producidos cuya cuantificación ha determinado su calificación como muy grave, dicha valoración toma por base el coste de restitución del cauce. Ha de rechazarse la alegación de la demandante al afirmar que se han tenido en cuenta los gastos de restitución de la pista agrícola cuyo desmoronamiento sólo es imputable a las intensas lluvias acaecidas en diciembre de 2002, según afirma. Por el contrario, consta en el informe técnico de 21 de noviembre de 2003 -folios 148 a 159 sección 10 del expediente administrativo- que aunque la extracción de áridos ha ocasionado, entre otros efectos, la inestabilidad de las infraestructuras próximas que las lluvias terminaron por dañar, no es el coste de restitución de la pista lo que se ha tenido en cuenta para la valoración del daño puesto que no constituye ello el objeto de la sanción, debiendo admitirse por esta Sala lo razonado en el informe de 17 de enero de 2005 en cuanto a que dicho coste no tiene por qué referirse a la restitución total del cauce, primero porque ha quedado suficientemente demostrado que ello no es posible y además porque la valoración realizada en dichos informes lo es a efectos de la calificación de la infracción, que se reputa a la vista de lo calculado, como muy grave. Por lo que se refiere a la falta de ubicación del tramo de los 556 metros del largo del cauce, y demás datos relativos al



coste de restitución, ha de señalarse que no se ha discutido por la actora la realidad de la extracción de áridos en el cauce del barranco, sino la conformidad a Derecho de tal actuación bien por considerar que disponía de las autorizaciones preceptivas, aún de modo implícito, bien por negar que discurriera barranco alguno por el interior de su cantera, bien por considerarlo, en otro caso, de naturaleza privada. Incluso se llegó a discutir por la actora, en su escrito de alegaciones de 27 de septiembre de 2004 -obrante a los folios 425 a 433 sección 19 del expediente administrativo- la valoración del coste de restitución al considerar que de haberse considerado este y no -como en tal escrito se sospechaba- el de restitución de la pista agrícola derrumbada, dicho coste hubiera sido mayor, dado el volumen de lo extraído. El tramo del dominio público hidráulico afectado por las extracciones se encuentra, pues, suficientemente identificado, y los datos relativos al ancho de cauce y altura de excavación se justifican también suficientemente en los informes emitidos por los funcionarios técnicos del Consejo Insular de Aguas, fundamentalmente los de 17 de enero y 14 de marzo de 2005 -obrantes en las secciones 21 y 30 del expediente administrativo-, sin que por parte de la actora se haya enervado la fuerza probatoria de los mismos.

También se ha denunciado por la actora la orden de paralización de todas las extracciones de áridos que se estén llevando a cabo en el Barranco de Badajoz ordenada por la resolución sancionadora, lo que la Sala ha de rechazar por considerar ajustada a Derecho tal medida, adoptada al amparo de lo establecido en el artículo 21.1 del Decreto 276/1993 de 8 de octubre por el que se aprueba el Reglamento sancionador en materia de aguas.

La extracción de áridos se ha venido desarrollando en el tiempo sin la preceptiva autorización del Consejo Insular de Aguas, lo que por sí mismo hubiera justificado la adopción del acuerdo sancionador con arreglo a lo previsto en el Decreto 276/1993 precisado de no concurrir, como así acontece, la producción de daños al dominio público hidráulico previsto en el artículo 124 b) de la Ley 12/1990 en cuantía que justifica la imputación de una infracción muy grave, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la norma reglamentaria, según el cual la infracción se califica como muy grave cuando el perjuicio causado al dominio público hidráulico es superior a 30.000 (cinco millones de pesetas) o cuando concurren las circunstancias agravantes previstas en el artículo 8. La conformidad a Derecho de la resolución sancionadora se justifica, finalmente, con la apreciación del elemento de culpabilidad exigible en la conducta infractora, identificable en la falta de diligencia puesta de manifiesto por la actora al no solicitar la autorización preceptiva. A este respecto resulta ilustrativa la anteriormente citada STS de 21 de enero de 2011 al declarar:

Pues bien, la conducta que configura el ilícito administrativo aplicado, antes transcrito, requiere la existencia de culpa, que se concreta, por lo que ahora interesa, en la falta de diligencia observada por la entidad recurrente para asegurarse, antes de realizar la extracción, de solicitar la correspondiente autorización del organismo de cuenca, que será el encargado de comprobar si concurren, o no, los presupuestos para realizar tal actividad. Cuando, además, ya se había producido una denuncia anterior. Es esa falta clara de diligencia lo que configura el elemento culpabilístico de la infracción administrativa y resulta imputable a la recurrente (.). En este caso la presunción de inocencia del sancionado ha quedado destruida por las pruebas que obran en el expediente administrativo. En efecto, constan acreditados los hechos que configuran el ilícito administrativo mediante su constatación en la denuncia, y el propio reconocimiento del recurrente que no niega la actividad de extracción realizada. Se limita, como ya hemos señalado y ahora insistimos, a cuestionar el lugar donde se realizó la actividad extractiva y el volumen de los áridos extraídos, en los términos que luego veremos. Por tanto, no existen dudas en relación con los hechos, sobre los que cimentar con éxito una infracción de la presunción de inocencia.

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta, aunque de ello no haya de derivarse consecuencias en el presente litigio, que con arreglo al principio general en materia sancionadora plasmada, por lo que hace al caso, en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, la aplicación de sanciones pecuniarias debe prever que la comisión de infracciones no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 276/1993 establece que la sanción será impuesta dentro del primer, segundo o último tercio de la cuantía que corresponda en función, entre otras circunstancias, del beneficio ilícito obtenido, extremo este que no ha sido valorado por la Administración en la aplicación de la sanción.

OCTAVO.- Resumiendo lo expuesto y razonado en los fundamentos precedentes, esta Sala concluye que de lo obrante en el expediente administrativo y de las demás pruebas practicadas, teniendo en cuenta las alegaciones de la demanda y de las contestaciones a la demanda, ha resultado acreditado que la mercantil HERMANOS MORALES MARTÍN, S.L. ha venido desarrollando actuaciones de extracción de áridos en el Barranco de Badajoz sin la autorización legalmente preceptiva causando con dicha conducta daños al dominio público hidráulico, por lo que la sanción acordada por el Decreto 46/2005 de 29 de marzo por la comisión de una infracción muy grave así como el Decreto 200/2005 por el que desestimó el recurso de reposición formulado contra el primero, son ajustados a Derecho, debiendo por ello desestimarse el presente recurso.



En su virtud,

### **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dña. María Monserrat Padrón García en la representación procesal acreditada en juicio contra el Decreto 200/2005 de 18 de octubre, que confirmamos.

No se aprecian circunstancias de las previstas en el artículo 139 LJCA que justifique un especial pronunciamiento en materia de costas.

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

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Ilmo. /a. Sr. /a. Magistrado Ponente de la misma, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que como Secretario/a de la Sala doy fe. En Santa Cruz de Tenerife, a 6 de enero de 2013.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ